DOLUS CAUSAM DANS UND DOLUS INCIDENS

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Juristische Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt

von

Paul Wezel
Referendar aus Tübingen

1928

Buchdruckerei von Christian Gulde Tübingen

Dekan: Professor Dr. Schmidt.
Referent: Staatsrat Professor Dr. von Rümelin.
Angenommen: 22. Juni 1928.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

I. Einleitung 1
II. Geschichte
1. Römisches und gemeines Recht
a) Die Herkunft der Unterscheidung 2
b) Die Quellenbelege 6
c) Die Praxis des gemeinen Rechts 10
2. Preussisches und österreichisches Recht
a) Preussisches Recht 13
b) Oesterreichisches Recht 15
III. Ausländisches Recht
1. Das französische Recht 16
2. Das schweizerische Recht 20
IV. Das Recht des BGB
A. Gesetzgebungsgeschichte
1. Der Redaktoren-Vorentwurf 21
2. Die Motive 23
B. Systematische Betrachtung
1. Die Anfechtung
a) Die Bestimmung des § 123 26
b) Die Anwendbarkeit des § 139
aa) Der in § 139 vorausgesetzte Parteiwille 28
bb) Die Teilbarkeit der Rechtsgeschäfte 30
cc) Die Beweislast in § 139 33
c) Die exceptio doli (§ 242) 34
2. Der Schadensersatzantrag auf Grund unerlaubter Handlung
a) Die Reszissions- und Differenzklage 37
b) Das Interesse des Betrogenen 41
c) Die Berechnung des Schadens 42
d) Die Beweislast 45
C. Zusammenfassung 47
D. Anhang: Die Rechtssprechung des Reichsgerichts
1. Entscheidung in Zivilsachen Bd. 63 S. 110 f 49
2. Entscheidung in Zivilsachen Bd. 83 S. 245 f 50
3. Entscheidung in Zivilsachen Bd. 103 S. 154 f 53
Literaturübersicht V

Literaturübersicht.

A. Rechtsgeschichte.

Azo, Azonis Summa super novem libros Codicis et quattuor Institutionum. Spire 1482.

Bartolus, Bartoli in ius universum civile commentaria. Basiliae 1562.

Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kaufe. Separatabdruck aus Jherings Jahrbüchern, Bd. 14, N.F. II, Jena 1874.

Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831.

Cuiacius, Jacobus, Jacobi Cuiacii operum Tomus nonus, Neapoli 1758.

Dernburg, Heinrich, Pandekten, 2. Aufl. Bd. 1, Berlin 1888.

Donellus, Donelli opera omnia Lucae 1762—1770.

Förster, Preussisches Privatrecht, 2. Aufl.

Glück, Chr. Friedr., Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 4, Erlangen 1796. (Kommentar).

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Berlin 1883—84.

Hugolinus, Diversitates sive dissensiones, ed. Gustavus Haenel, Lipsiae 1834.

Kurrer, Adam, Disputatio de dolo causam dante. Tub. 1678.

Mommsen, Friedrich, Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abt. Zur Lehre vom Interesse. Braunschweig 1855.

Mommsen, Friedrich, Erörterungen, 2. Heft. Ueber Haftung des Kontrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen. Braunschweig 1879.

Noodt, Opera omnia, Coloniae Agrippinae 1732.

Placentinus, De actionum varietatibus, in: Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter. Hrsg. von Ludwig Wahrmund. IV. Bd. Heft 3. Innsbruck 1925.

Regelsberger, Ferdinand, Pandekten, 1. Bd. Leipzig 1893.

Reuter, Johann Hartwich, De doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu, Halae-Magdeburgicae 1744 in: Nettelbladt, Exercitationes academicae. Halae Saliae 1783.

Richelmann, Der Einfluss des Irrtums auf Verträge. Hannover 1835.

Savigny, Friedrich Karl von, System des heutigen römischen Rechts. (System.) Berlin 1840—49.

Seuffert, Pandektenrecht. 4. Aufl. 1860.

Sintenis, Karl Friedr. Ferd. von, Das praktische gemeine Zivilrecht. Verb. Aufl. Leipzig 1861.

Unterholzner, K. A. D., Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Hrsg. von Huschke 1. Bd. Leipzig 1840.

Valett, Praktisch-theoretische Abhandlungen aus dem Gebiet des Privatrechts. 1. Bändchen, Göttingen 1824.

Vangerow, Karl Adolf von, Lehrbuch der Pandekten, 3. Bd. 7. Aufl. 1869.

Wächter, Carl Georg von, Pandekten, 2. Bd. Leipzig 1881.

Wächter, Carl Georg von, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. (Württ. Priv. R.) Bd. 1, 1839, Stuttgart.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Frankfurt 1891 und in der Bearbeitung Kipp's, 8. Aufl. 1900/01.
Ziegler, Friedrich von, Ueber Betrug beim Vertragsabschlusse. Inaug.-Diss. München 1870.

B. Deutsches bürgerliches Recht.

André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Geschäfte in der Festgabe für Enneccerus.
Biermann, Joh., Bürgerl. Recht, Bd. 1, Berlin 1908.
Bütow, G., Zwei Fragen aus der Lehre vom Betruge. Greifswalder Dissertation 1900.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 8. Aufl.
Crome, Karl, System des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Tübingen und Leipzig 1902.
Dernburg, Heinrich, Bürgerliches Recht, 3. Aufl. 1906.
Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. (Einleitung und Allgemeiner Teil) 15.—17. Aufl. Marburg 1921.
Freundlich, Die gemeinrechtliche Lehre vom dolus causam dans und dolus incidens. Greifswalder Dissertation 1903.
Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge 1900. 2. Aufl.
Natter, Die teilweise Anfechtung des Rechtsgeschäfts. Tübinger Dissertation 1907.
Tuhr, Andreas von, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1. Hälfte 1914. 2. Bd. 2. Hälfte 1918.
Weiss, Curt, Kann der zum Vertragsabschluss durch die arglistige Täuschung Bestimmte nur das sogenannte negative Interesse oder auch das sogenannte Erfüllungsinteresse fordern? (Unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung.) Erlanger Diss. 1906.

Neben den bekannteren Zeitschriften und Entscheidungssammlungen sind benützt die Kommentare der Reichsgerichtsräte (RGR.Komm.) 6. Aufl. Bd. 1 1928; Warneyer, 1. Bd. 1923; Staudinger, 9. Aufl. 1925; Oertmann, Komm. 1. Buch, 1. Aufl. 1908 und Soergel, 3. Aufl. 1926. Goldmann-Lilienthal 7. Aufl. 1903.

C. Ausländisches Recht.

Unger, System des österreichischen Privatrechts 2. Bd. 1863.
Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1. Bd. 1. Hälfte (Allgemeiner Teil). Wien 1925.

Fick, Das schweizerische Obligationenrecht. Kommentar. Zürich 1915.
Becker, Kommentar zum Obligationenrecht.
Tuhr von, Der allgemeine Teil des schweizerischen Obligationenrechts.
Zeitschrift für schweizerisches Recht. Hrsg. von Ott, Schmelz, v. Wyss, später von Heusler Huber, und Speiser N.F. 17. Bd. Basel 1898.

Anson, Principles of the English Law of contract. 6th ed. Oxford 1891.
Holland, The Elements of jurisprudence, second ed. Oxford 1882.
Pollock, Frederick, Principles of contract, 5th ed. London 1889.
Jenks, Edward, Das bürgerliche Recht Englands. (Codification; Kommentar von Gustav Schirrmeister.) Berlin 1906.
Kurti, Arthur, Englands Privat- und Handelsrecht. Berlin 1927.
Wertheim, Wörterbuch des englischen Rechts. Berlin 1899.

Baudry-Lacatinerie, Précis de droit civil, 14ième éd. I 1926.
Bédarride, Traité du dol et de la Fraude 4ième éd. Paris 1887, Tome I.
Dalloz, Nouveau code civil II, Paris 1905/06.
Demogue, René, Traité des obligations en général I Paris 1923.
Planiol, Marcel, Traité élémentaire de droit civil. 10ième éd. Paris 1928.
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl 1894.
Chironi, Instituzioni di diritto civile italiano. Torino 1888.
Gasca, Cesare L., Le assoziazioni commerciali e civili. I. Torino 1913.

I. Einleitung.

Nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches hat der Kontrahent, der zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden ist, zwei Möglichkeiten, die Nachteile des Rechtsgeschäfts von sich abzuwälzen: er kann die Willenserklärung dem Erklärungsgegner gegenüber anfechten, wodurch diese als von Anfang an nichtig betrachtet wird (§ 123 in Verbindung mit § 142). Das andere Mittel zur Behebung der Betrugsnachteile ist der Schadenersatzanspruch. Dieser wird gewöhnlich auf die Bestimmung des § 826, möglicherweise auf § 823 Abs. 2 gegründet. Eventuell kann der Schadensersatzanspruch auf kontraktliches Verschulden des Gegners gestützt werden (dolus in contrahendo). Die letztere Frage, die mit der ganzen Lehre von der culpa in contrahendo in Zusammenhang steht, soll hier nicht weiter untersucht werden.

Fraglich ist, wie sich die beiden Mittel, Anfechtung und Schadensersatzanspruch, zu einander verhalten. Sicher funktioniert der Schadensersatzanspruch, wenn trotz durchgeführter Anfechtung noch Schaden vorhanden ist und wenn die Anfechtungsmöglichkeit durch Zeitablauf ausgeschlossen ist. Im allgemeinen wird auch davon ausgegangen, dass der Beschädigte zwischen beiden Mitteln die Wahl hat. Es fragt sich indessen, inwieweit hier die Art und Weise der Motivierung von Einfluss ist.

Zwei Möglichkeiten sind gegeben: der Betrogene hätte, wenn der Betrug nicht vorgekommen wäre, das Rechtsgeschäft überhaupt nicht abgeschlossen oder er hätte das Geschäft zwar abgeschlossen, aber zu anderen Bedingungen. Im ersten Fall, wo der Getäuschte zum Vertragsschlusse verleitet wurde, ist der dolus nach alter Terminologie ein dolus causam dans (contractui), im zweiten Fall, wo der Betrug nur die Ausgestaltung einzelner Vertragsbestimmungen betraf, liegt ein sogenannter dolus indicens (in contractum) vor[1]).

1) Die Prägung der deutschen Ausdrücke wie „Hauptbetrug“ und „Nebenbetrug“, deren sich z. B. Unterholzner (Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. 1, § 38, S. 79) bedient, ist nicht glücklich, weil darunter leicht ein Werturteil verstanden wird. Besser wären zur Kennzeichnung des Unterschieds die Ausdrücke „Abschlussbetrug“ und „Gestaltungsbetrug“, wobei es sich jedoch stets um den Betrug bei der Eingehung des Geschäfts, nicht etwa bei dessen Erfüllung handelt. — Die Begriffe beruhen demnach

Die Begründung und Tragweite der Unterscheidung soll zunächst für das Recht des BGB untersucht werden. Voranzustellen ist jedoch eine Untersuchung über die Behandlung der Frage in römischen und gemeinen Recht, aus dem die Unterscheidung stammt, sowie im preussischen und österreichischen Recht und in einigen ausländischen Gesetzgebungen.

II. Geschichte.

1. Römisches und gemeines Recht.

a) Die Herkunft der Unterscheidung.

In dem Gesetzeswerke Justinians ist weder von einem dolus causam dans noch von einem dolus incidens die Rede[1]). Die Lehre vom d. c. d. und d. i. ist vielmehr eine Frucht italienischer Jurisprudenz und beruht auf der grundlegenden Arbeit der Glossatoren. Von den Glossatoren stammt auch die Terminologie. In der glossa ordinaria des Accursius[2]) die von dem nachhaltigsten Einfluss auf die spätere Rechtsentwicklung war, indem sie die Schriften der einzelnen Glossatoren verdrängte, ist sie im Anschluss an die Digestenstelle D 4, 3, 7 pr entwickelt[3]). Zu der Fassung dieser lex: „si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est" bemerkt die Glosse: „et tunc appellamus dolum dantem causam". Der Sprachgebrauch ist demnach zur Zeit der Abfassung der Glosse schon ein allgemeiner. Die Entstehungszeit der Unterscheidung selbst reicht noch viel weiter zurück, da sie schon rund hundert Jahre vor der Glosse des Accursius Eingang in das Prozessrecht gefunden und damit auch praktische Bedeutung erlangt hatte[4]). Von Anfang an scheint

---

nicht auf einer inneren wesenhaften Verschiedenheit des Betrugs — Betrug bleibt Betrug —, sondern sie gehen von dessen Einfluss auf das Geschäftsgebahren der Parteien beim Abschluss des Vertrages aus.

1) im Folgenden in d. c. d. und d. i. abgekürzt.

2) Entstehungszeit um 1250.

3) Glosse „et eleganter" und Glosse „si in hoc ipso" zu D 4, 3, 7 pr (in den glossierten Ausgaben des Digestum vetus z. B. Digestum vetus ed. de Tortis 1498). In der letzteren Glosse wird als Synonim für dolus causam dans auch „dolus principalis" gebraucht.

4) Die Summa „De actionum varietatibus" des Placentinus II de actione de dolo (Entstehungszeit um 1160) s. Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter, herausgeg. von Ludwig Wahrmund Bd. IV, Heft 3.

die Unterscheidung auch allgemeine Anerkennung gefunden zu haben, denn Hugolinus (gest. 1172) berichtet in seinen „Diversitates sive dissensiones dominorum“[1]) lediglich von der Kontroverse, ob die in-integrum-restitutio bei jeder Art des Betrugs (so „quidam“) oder nur bei dolus incidens (so Hugolinus selbst) stattfinden könne.

Der ursprüngliche Zweck der aufgestellten Unterscheidung war, ein geeignetes Unterscheidungsmerkmal für die Fälle, wo nach der herrschenden Ansicht der Glossatoren das dolose bonae-fidei-Geschäft nach römischem Recht nichtig war — Fälle des d. c. d. — gegenüber denen zu gewinnen, wo der Betrogene nach Glossatorenansicht erst die entsprechende actio bonae fidei bzw. die exceptio doli geltend machen musste, um sich schadlos zu halten — Fälle des d. i. —[2]).

Die Aufhebung des Rechtsgeschäfts konnte aber bei d. i. nicht begehrt werden. In diesem Falle „non rescinderetur, sed ad supplementum agetur“[3]). Die dolos zustande gekommenen negotia stricti iuris waren dagegen stets, auch bei d.c.d., rechtsgültig. Dem Betrogenen stand nach dieser Theorie hier die exceptio doli und die actio doli zur Seite.

In dieser Gestaltung der Betrugsfolgen hat sich die Lehre durch die Jahrhunderte erhalten. Nur die strenge Scheidung zwischen negotia stricti iuris und negotia bonae fidei hatte für den usus modernus pandectarum ihre Bedeutung verloren. In den dominierenden Werken einen Cuiacius[4]) und eines Donellus[5]) lebte die Theorie vom d. c. d. und d. i. fort und hat von Zeit zu Zeit immer wieder den Anlass zu monographischer Behandlung gegeben. Von

---

1) Ausgabe von Gustavus Haenel, Lipsiae 1834. S. 427.

2) De dolo malo dat causam contractui bonae fidei hoc estquia alias non erat contracturus nisi esset dolo inductus non tenet ipso iure contractus. — Ubi autem deceptus erat alias contracturus — tenet venditio, sed purgatur dolus per actionem ex eo contractu, etiamsi unius nummi sit. — vel incidat, tenet contractus semper. Azonis Summa super novem libros Codicis et quattuor Institutionum. Spire 1482 (De dolo malo Rubrica (L i j).

3) Glosse „si dolo“ zu der Stelle C 4, 44, 5.

4) Jacobi Cuiacii, Operum T IX Neanoli 1758 (ad tit. XLIV et XLV p. 371 D).

5) Opera omnia Luccae 1762—70 T III de iure civili lib. XII cap. VII Nr. XI; vgl. auch Note 4 (p 482). Der d. c. d. wird hier treffend umschrieben: Si quis animum contrahendi, alienandi, promittendi non habens fraudulenta per-

solchen Arbeiten fällt die von Adam Kurrer[1]) in das 17., die von Hartwich Reuter[2]) ins 18. und die von Valett[3]) in das 19. Jahrhundert. Reuter konnte mit Recht sagen, dass „ad unum fere omnes iurisconsulti" der Lehre vom d. c. d. und d. i. huldigen. Von den bekannteren Schriftstellern hat auch nur Noodt gegen die herrschende Meinung angekämpft, ohne indessen durchzudringen. Noodt bestreitet vor allem, dass die Unterscheidung durch die Quellen begründet sei[4]). Lange nach ihm vertreten Glück[5]) und noch später Valett die alte Nullitätstheorie im Anschluss an die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i., deren Grundlage sie in den Quellen erblicken.

Verhältnismässig spät rang sich unter den neueren Pandektisten die Erkenntnis durch, dass der Getäuschte, wenn auch unter falschen Voraussetzungen, doch immerhin „gewollt" habe, und dass demnach von einer ipso iure eintretenden Nichtigkeit bei keinem möglichen Falle des Betrugs die Rede sein könne. Diese allgemeine Erkenntnis hat dann erst den Blick auch dafür aufgetan, wie unsicher die quellenmässige Begründung der Nichtigkeitslehre bei der Vielgestaltigkeit, oft auch Unklarheit, der römischen Terminologie war.

Verfehlt war es aber, wenn z. B. Burchardi[6]) meinte, mit der Verwerfung der Nullitätstheorie habe die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. auch selbst ihre Bedeutung verloren, denn immernoch konnte es nicht gleichgültig sein, welchen Einfluss der Be-

---

suasione inducitur ut contrahat, alienet, promittat. Der d. i.: quando alias contracturus in ipsa conventione decipitur, forte ut carius emat, vilius vendat. — Eine ähnliche Definition findet sich schon in den älteren Kommentaren z. B. in Bartoli in ius universum civile commentaria, Basiliae 1562, p. 285 (ad lib. III Dig. tit. V de negotiis gestis).

1) Disp. de dolo causam dante Tub. 1678.

2) De doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu. Halae-Magdeburgicae 1744. Die Abhandlung stammt nicht, wie Sprenger (Arch. Civ. Pr. 88 S. 361) meint, von Nettelbladt, sondern sie wurde von diesem nur in seinen Exercitationes Academicae, Halae-Salicae 1783 (3. Diss.) mit anderen herausgegeben.

3) Valett, Praktisch-theoretische Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivilrechts. 1. Bändchen, 2. Abhandlung. Göttingen 1824.

4) Opera omnia I p. 309 (de forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi liber. cap. III) Coloniae-Agrippinae 1732.

5) Kommentar IV, S. 113 ff.

6) Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831, S. 333.

trug auf das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts hatte. Wenn auch die Annahme von selbst eintretender Nichtigkeit nicht mehr in Frage kam, so konnte im Ergebnis doch noch durch die gewöhnlichen Rechtsmittel, in der Regel durch die Kontraktsklage, die Aufhebung des Rechtsgeschäfts erreicht werden[1]).

Die Hauptvertreter der späteren gemeinrechtlichen Theorie hielten denn auch weiterhin an der Unterscheidung fest[2]). So lehrt z. B. Regelsberger:[3]) „Zur Verfolgung des Betrugs hat der Betrogene ausser der exceptio doli die Vertragsklage, wenn der Betrug bei Eingehung eines Schuldvertrags von dem andern Vertragsteil verübt wurde. Ziel dieser Klage ist, den Kläger in die Lage zu versetzen, in der er sich ohne die Täuschung befinden würde. Es macht daher einen Unterschied, ob nach den Umständen angenommen werden muss, der Kläger hätte ohne die Täuschung das Geschäft überhaupt nicht abgeschlossen oder er hätte es nur mit ermässigter Verpflichtung getan. Nur im ersten Fall kann der Betrogene nach Wahl Aufhebung der Obligation und Ersatz des ihm zugegangenen Schadens oder Schadensersatz unter Aufrechterhaltung der obligatio fordern. Im zweiten Fall ist er auf den Entschädigungsanspruch beschränkt, dem in der Regel durch Abminderung seiner Gegenleistung Genüge geschieht. (l 3 § 4, 5 AEV 19,1)".

Im Gegensatz zu dieser herrschenden Lehre lässt Dernburg[4]) ohne Rücksicht auf eine Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. dem Betrogenen die Wahl, entweder Beseitigung der Folgen des betrügerischen, sowie Schadensersatz wegen Vereitelung des erhofften Geschäftes zu fordern oder Vergütung der Wertdifferenz zwischen dem wirklichen und dem vorgespiegelten Geschäft, bei dem der Betrogen es belässt, zu beanspruchen. Für das letztere Rechtsmittel gebraucht Dernburg den Ausdruck „Differenzklage", die er der „Reszissionsklage" (der alten actio rescissoria) gegenüberstellt.

---

1) Windscheid, Pand. I Anm. 7 zu § 78.

2) Windscheid, a. a. O.; vergl. auch Anm. 5; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III, § 605 (S. 274 ff); Regelsberger, Pandekten I, § 146 (S. 537); v. Sintenis, Zivilrecht II, § 98 Anm. 11, v. Wächter, Pand. II, § 187 (S. 377); Württ. Privatrecht II, § 105; Mommsen, Erörterungen, Heft 2, Abschn. 1, § 2 und die weiteren bei Sprenger a. a. O. S. 363 Anm. 9 Zitierten.

3) Vgl. Anm. 2.

4) Pand. I, § 104 (S. 241).

b) Die Quellenbelege.

Gegründet wurde die herrschende auf die motivierende Wirkung des Betrugs abstellende Lehre[1]) teils auf die „Natur der Sache", teils auf die „Gesetze" (Quellenstellen), wobei jedoch Regelsberger[2]) einräumt, dass die inneren Gründe stärker seien als der Quellenbeweis.

Aber auch um die Belege aus den Quellen steht es nicht schlecht. Ohne auf den Streit um die vielbesprochenen und teilweise vielumstrittenen Stellen genauer einzugehen, soll kurz gezeigt werden, dass den Römern die Unterscheidung ihrem Wesen nach bekannt war, wiewohl sie die Ausdrücke d. c. d. und d. i. selbst nicht gebrauchen. Besonders hat sich Ulpian um die Ausarbeitung der Gegensätze verdient gemacht. Von ihm stammen wenigstens die meisten und wichtigsten der einschlägigen Stellen[3]).

Deutlich geht der Unterschied zwischen d. c. d. und d. i. aus D. XXIII, 3, 12, 1 hervor: Si mulier se dicat circumventam, minoris remaestimasse, ut puta servum, si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit: in eo acturam ut servus sibi restituatur. Im Gegensatz zu der hier vertreten Auffassung der Stelle meint Sprenger[4]), dass bei der völligen Verschiedenheit des dotalrechtlichen Aestimationsvertrags von sonstigen Verträgen und deshalb weil hier von „circumvenire" und daher nicht von einem dolus im eigentlichen Sinne die Rede sei, auf diese Stelle kein sonderliches Gewicht gelegt werden könne.

---

1) Sprenger (Arch. Ziv. Pr. 88, 367 f) will im Anschluss an Burchardi neben dieser „subjektiven", auf das Motiv abstellenden Lehre noch eine mehr objektive Theorie unterscheiden, welche von Sprenger aufs heftigste bekämpft wird. Nach dieser Theorie soll es mehr auf den Gegenstand, nämlich darauf ankommen, ob der Betrug sich auf den Hauptgegenstand des Vertrags oder auf Nebendinge beziehe. Diese Scheidung lässt sich bei näherem Zusehen jedoch nicht halten, da es bei der Entscheidung der Frage, ob etwas ein Nebenpunkt des Vertrages sei, doch auf den Willen der Kontrahenten, also auf ein subjektives Moment ankommt. So stellt denn auch Seuffert (Pand. II, § 271,1), den Sprenger in den Gegensatz zu der subjektiven Theorie stellt, ganz auf das Motiv ab. Bei andern Schriftstellern mag es sich mehr um eine lässige Ausdrucksweise handeln.

2) a. a. O. Anm. 8.

3) Vgl. z. B. die Hauptstellen D 19, 1, 11, 5; D 19, 1, 13, 5; D 19, 1, pr, 1 und 2; D 23, 3, 12, 1; D 4, 3, 7, pr — sämtliche aus dem Ediktskommentar Ulpians.

4) a. a. O. S. 372.

Beide Gründe schlagen indessen nicht durch, da es sich ja in unserem Zusammenhang nur darum handelt, die von den Römern gemachte Unterscheidung — gleichgültig bei welchen Verträgen — aufzuzeigen, und es im übrigen hinsichtlich der weiten Definition, die die Römer dem dolus (malus) gegeben haben, völlig gleichgültig ist, mit welchem Zeitwort der dolus wiedergegeben wurde, umsomehr als circumvenire in den massgebenden Definitionen selbst gebraucht wird[1]).

Wie man sich zu der Ansicht, dass den Römern die Unterscheidung bewusst war, stellen mag, so steht doch so viel fest, dass sie für die Frage der Interesseleistung, die grundsätzlich in allen Fällen aufzuwerfen ist[2]), verschiedene Antworten gefunden haben, je nach dem der Betrug für den Geschäftsabschluss motivierend war oder nur auf die besondere Geschäftsgestaltung eingewirkt hat. So fand die Reszission des Vertrages, sei es durch die Vertragsklage (meist die actio empti[3]) oder durch die vom Prätor eingeführte subsidiäre actio doli nur dann statt, wenn das Interesse des Getäuschten eben darin bestand, ohne den Betrug überhaupt nicht gekauft zu haben[4]).

So ist z. B. nach D 4, 3, 7, pr der Kauf hinfällig, wenn der Käufer in hoc ipso ut venderet betrogen wurde; ebenso soll nach D 21, 1, 4, 4 und D 19, 1, 11, 5 der Betrug nur dann zur Aufhebung des Rechtsgeschäfts führen, wenn der Käufer über solche Eigenschaften der Sache getäuscht wurde, ohne die der Gegenstand für den Käufer wertlos war, wenn also anzunehmen ist, dass der Käufer bei Kenntnis der Sachlage den Kauf gar nicht abgeschlossen hätte. Ist die Leistung schon vollzogen, so kann die Rückgewähr des Geleisteten in solchen Fällen verlangt werden (D 19, 1, 32).

---

1) D 4, 3, 1, 2: . . . dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.

2) Windscheid II, § 451.

3) Ueber die Vielseitigkeit der Funktionen der actio empti, die diese im Laufe der Zeit annahm, vgl. Mommsen, Beiträge 1. Abt. § 13 Note 7 (S. 124f); Bernhöft, Beiträge zur Lehre vom Kauf in Iher. Jahrb. Bd. XIV, N. F. II (Separatabdruck S. 98 ff).

4) Bestritten ist, ob diese Auflösnng des Vertrags im Falle des Betrugs auch durch das Mittel der in integrum restitutio möglich war und in welchem Verhältnis die in integrum restitutio zu den ordentlichen Rechtsmitteln stand (vgl. von Savigny, System, Bd. 7, S. 199). Jedenfalls kam die in integrum

Auf der andern Seite war der Betrogene auf die Geltendmachung seiner Ansprüche in anderer Form als der der Vertragslösung dann beschränkt, wenn sein Interesse nicht in dem Nichtbestehen eines Vertrages, sondern in dem Bestehen eines günstigeren Vertrages bestand (D 19, 1, 13, 4): Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta, de artificio mentitus est aut de peculio empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus.

In dieser Stelle, die von dem Betrug des Verkäufers handelt, wird dem Interesse des Käufers dadurch Genüge getan, dass an dem Kaufpreis ein Nachlass gewährt oder ein Teil desselben — wenn dieser schon bezahlt ist — zurückerstattet werden muss. Den umgekehrten Fall — Betrug auf Seiten des Käufers — behandelt die anschliessende Stelle (D 19, 1, 13, 5): hat jemand Erbschaftsgegenstände auf die Seite geschafft, um den Verkäufer einer Erbschaft dadurch zu bestimmen, diese billiger zu verkaufen, so muss sich der Käufer eine Erhöhung des Kaufpreises insoweit gefallen lassen, „quanto pluris hereditas valeret, si hae res subtractae non fuissent".

Ueber den Ersatz solcher Wertdifferenzen hinaus konnte der Schadensersatzanspruch auch auf den Ersatz durch den Betrug indirekt verursachter Schäden (des damnum contingens) gehen. Dieser Ersatzanspruch konnte auch neben der Auflösung des Vertrags in den Fällen geltend gemacht werden, in denen der durch den Betrug verursachte Schaden durch die Auflösung des Rechtsgeschäfts allein nicht behoben werden konnte. So hat nach D 19, 1, 13, pr der, der wissentlich ein seuchenbehaftetes Stück Vieh verkauft, auch für den Schaden einzustehen, der durch Ansteckung in der Herde des Käufers angerichtet wird. Wenn die verkauften Balken schlecht sind und infolgedessen das Haus einstürzt, wenn der gekaufte Sklave ein unverbesserlicher Dieb oder ein Durchbrenner ist und noch andere Sklaven zur Flucht verleitet hat, so hat der

---

restutio wenigstens in der späteren Zeit nur als subsidiäres Hilfsmittel in Betracht. Ob die i. i. r. propter dolum nicht der Ausgang für die actio und exceptio doli gebildet hat, ist fraglich. Vgl. über die i. i. r. probter dolum Schneider: Die allgemein subsidiären Klagen des röm. Rechts, S. 250 (gegen Burchardi). Windscheid, Pand. § 118 Anm. 6 und die dort Zitierten beschränken die Anwendung der i. i. r. auf die in den Quellen erwähnten prozessrechtlichen Fälle.

Betrüger auch für diese Schäden aufzukommen. So verschieden aber auch der Umfang der Interesseleistung sein mag, so ist es, wie von Ziegler sagt[1]), immer nur das eine Interesse, nicht betrogen zu werden, welches durch den Betrug direkt und unmittelbar verletzt wird.

Stets ist also der Zustand herzustellen, der sein würde, wenn der Betrug nicht vorgekommen wäre[2]), nicht kann das sogenannte Erfüllungsinteresse geltend gemacht werden[3]), d. h. der Betrogene kann nicht verlangen, so gestellt zu werden wie er es wäre, wenn die Vorspiegelungen der Wahrheit entsprächen[4]). Vom Betrüger kann man nur erwarten, dass er den Schaden wieder gut macht, der durch die Täuschung bedingt war, nicht aber, dass er aus Illusionen Wirklichkeiten schaffe[5]).

Zunächst ist der Käufer durch die Arglist des Gegners lediglich insoweit benachteiligt, als die Betrugsfolgen reichen. Das Geschäft als Ganzes genommen braucht dabei noch lange nicht das Interesse des Käufers verloren zu haben. Bei dieser Sachlage ist zunächst daran zu denken, die Nachteile des dolosen Geschäfts zu beheben, ohne gleichzeitig die Grundlage hiefür, nämlich den Bestand des Vertrags als solchen zu beseitigen. Das Interesse daran, den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen zu haben,[6]) wird aber in der Regel nur dann vorhanden sein, wenn der Käufer an einen Kauf zunächst gar nicht gedacht hat, sondern erst durch betrügerische Vorstellungen zu einem solchen verleitet wurde — d. c. d. —,

---

1) Ueber den Betrug beim Vertragsabschlusse, Inaug.-Diss. S. 45.

2) In den Quellen ist dieser Gedanke verschieden ausgedrückt: Quanti emptoris interfuit, non decipi (D 19, 1, 13, 1); quod sua interest, eum deceptum non esse (J 3, 23, 5); quod interfuit eius ne deciperetur (D 18, 1, 62, 1); quod interfuit, idonee veniisse (D 19, 1, 13, pr); positiv gefasst: quanti mea intererit, sciisse (D 19, 1, 4, pr).

3) Ausser wo es sich um eine Garantie, um eine Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache handelt.

4) Mommsen, Erörterungen, Heft 1, Anhang I, § 4, S. 167.

5) Daher dürfte es auch nicht richtig sein, wenn Dernburg (Pand. I, § 104, S. 241) dem Betrogenen die Wahl lässt, an Stelle der Reszissionsklage „die Vergütung der Wertdiffernz zwischen dem wirklichen und dem vorgespiegelten Geschäft", bei dem er es belässt, zu verlangen.

6) In seiner Anwendung auf dolos beeinflusste Rechtsgeschäfte dürfte daher der Ausdruck „negatives Vertragsinteresse" besser vermieden werden, da nach der von Jhering eingeführten Terminologie (Jahrb. f. Dogm. IV, S. 1 ff) negatives Vertragsinteresse dasjenige Interesse bedeutet, einen nichtigen Vertrag

während bei d. i. dem Betrogenen in der Regel mit einer Ausgleichung in Form des Schadensersatzes unter Aufrechterhaltung des Vertrages gedient ist. Die Römer gewähren in diesem Fall dem Betrogenen eine actio empti, qua, wie sie sagen,[1]) contentus esse possit.

Gerade auf diese verschiedene Interessenlage gründet sich die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. Den Römern verdanken wir dabei die bunte Fülle möglicher Lösungen, die bei aller Beweglichkeit doch nicht als willkürlich erscheinen, der gemeinrechtlichen Doktrin hingegen die begriffliche Eingliederung, das System.

c) Die Praxis des gemeinen Rechts.

Mit der Erfassung des Unterschieds zwischen d. c. d. und d. i. in materieller und formeller Hinsicht, war auch, was immer im Auge behalten werden sollte, der Praxis eine sichere Grundlage bereitet. Richelmann[2]) meint zwar, die bisherige Einteilung in d. c. d. und d. i. sei sicher mehr theoretisch als praktisch und auch Sprenger ist der Ansicht, gerade im Hinblick auf die Praxis den Stab über die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. brechen zu können.

Die Schwäche der Theorie scheint Sprenger[3]) vor allem aus einer Entscheidung des OAG Dresden vom Jahre 1847[4]) hervorzugehen, die auch hier des Beispiels wegen ausführlicher zitiert sei:

„Für verkaufte Wandleuchter wurden 159 Taler eingeklagt. Der Beklagte excipierte: als einer der Kläger im Auftrage seines Hauses ihm die Ware angeboten und die Preise gefordert, habe derselbe die Versicherung hinzugefügt, dass er, der Beklagte, die Ware von niemandem billiger kaufen könne, weil sie, die Kläger, die Fabrikanten des Artikels wären. Die dadurch begründete Meinung aus erster Hand zu kaufen, hätte ihn zu der Bewilligung der geforderten Preise veranlasst. Nachher habe er jedoch erfahren, dass die

---

nicht abgeschlossen zu haben. Hier handelt es sich aber nur um das Interesse, nicht betrogen worden zu sein.

1) D 19, 1, 32.

2) Der Einfluss des Irrtums auf Verträge S. 135.

3) a. a. O. S. 373 f.

4) Seufferts Archiv II, 167.

Kläger keineswegs Fabrikanten seien, sondern die Waren selbst aus der S-schen Fabrik gekauft hätten, in welcher sie nach den Fabrikpreisen um 24 Taler billiger kämen. Er würde die geforderten Preise nicht bewilligt und überhaupt nicht von den Klägern gekauft haben, wäre er nicht durch die gedachte Täuschung dazu verleitet worden".

Aus den Gründen, nachdem einschlägige Quellenstellen behandelt sind:

„Mit Recht wird (daher) angenommen, es stehe dann, wenn der Betrug nicht darauf, dass ein Kaufgeschäft eingegangen worden ist, sondern bloss auf die Bestimmung des Preises eingewirkt hat, dem Verletzten ein Anspruch bloss auf Schadloshaltung, nicht auf gänzliche Reszission des Handels zu . . . So wenig es bestritten werden mag, dass Fälle vorkommen können, wo betrügerische Vorspiegelungen, welche sich zunächst auf den Preis beziehen, Anlass zum Abschlusse eines Handels sind, welcher ausserdem gar nicht eingegangen worden wäre, so gewiss ist es, dass öfter noch bei den auf den Preis sich beziehenden falschen Vorspiegelungen der Handel an sich auch ohne solche abgeschlossen und nur der Preis anders bestimmt sein würde. So ist es auch hier . . . Dem Beklagten lag bloss daran, dass er keinen höheren Preis als den Fabrikpreis zu bezahlen brauche".

Das Gericht verschliesst also dem Beklagten die Reszissionsmöglichkeit, die er auf dem Wege der Einrede beansprucht, da es dem Beklagten nur darum zu tun war, für die an sich tadellose Ware nur den Fabrikpreis zahlen zu müssen. Dagegen konnte der Einwand des Beklagten, dass er den Kaufpreis ohne den Betrug nicht bewilligt und somit den Kauf nicht abgeschlossen hätte, nicht durchdringen. In allen Fällen wird wohl der Beklagte glaubhaft hinterher einwenden können, er hätte den Vertrag mit dem Kläger nicht geschlossen, wenn er gewusst hätte, dass dieser ihn betrügen werde. Aber darauf kommt es nicht an, sondern darauf, ob der Beklagte auch dann den Vertrag abgeschlossen hätte, wenn der Betrug nicht vorgekommen wäre.

Die gegen diese Entscheidung vorgetragenen Bedenken sind äusserst schwach. Von Freundlich[1]) wird ausgeführt, dass dem Getäuschten die Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehungen mit

1) Die gemeinrechtliche Lehre vom dolus causam dans und incidens. Greifsw. Diss. 1903.

einem Betrüger nicht zugemutet werden könne; der Betrüger werde geneigt sein, die Zwangsvollstreckung rücksichtslos zu betreiben, dem Betrogenen gehe die Kundschaft verloren, sobald sie erfahre, dass er mit einem Betrüger Geschäftsbeziehungen unterhalte. Diese Bedenken verflüchtigen sich schnell, wenn man bedenkt, dass diese Befürchtungen in der angeführten Entscheidung selbst von dem Beklagten nicht in die Wagschale geworfen wurden, wohl in der richtigen Einsicht, dass die Zwangsvollstreckung, die sich nach prozessualen Vorschriften richtet, in der Entscheidung der vorliegenden materiellrechtlichen Frage nichts zu bedeuten habe und dass es im übrigen seinen Kunden gleichgültig ist, von wem er seinerseits die Ware bezieht, wenn nur sie selbst nicht übervorteilt werden. Im vorliegenden Fall steht aber weder die Qualität der Ware noch der Preis, zu dem der Beklagte weiter verkauft, irgendwie im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem.

Sprengers[1]) Einwand ist, nachdem er sich über die für die Entscheidung des Falles unwesentliche Unterschiede zwischen Betrug, se circumvenire und der laesio enormis ausgelassen hat, schon mehr grundsätzlicher Natur: zwar möge, führt Sprenger aus, der Erfahrungssatz, dass Betrügereien hinsichtlich der Höhe des Kaufpreises öfter nicht causam dantes seien, zutreffen, aber die angefochtene Lehre begnüge sich nicht mit einem blossen Erfahrungssatze, sondern stelle eine Willensinterpretationsregel des Inhalts auf, dass Betrügereien hinsichtlich des Kaufpreises nicht causam dantes seien, was nicht zugegeben werden könne.

Mit Recht mag Sprenger im allgemeinen gegen eine starre, formalistische Anwendung einer solchen Regel ankämpfen, in unserem Falle ist aber ein Verstoss im bekämpften Sinne nicht nachzuweisen, vielmehr bewusst und ausdrücklich die vorgestellte Gefahr erkannt worden.

Auch die übrigen von Sprenger zitierten Entscheidungen halten dem Vorwurf des Formalismus stand, wie auch Sprenger selbst Entscheidungen anführt, wo trotz Betruges nur hinsichtlich gewisser Modalitäten von dem Gericht richtigerweise (auch nach Sprengers Dafürhalten) ein d. c. d. angenommen wurde, so z. B. in dem Urteil des OLG Wolfenbüttel[2]). Hier hatte ein unbemit-

1) a. a. O. S. 374.
2) Seufferts Archiv Bd. 31, Nr. 9.

telter Käufer, der bauen wollte, ein Grundstück gekauft, während ihm dabei verschwiegen wurde, dass auf dem Grundstück eine Hypothek ruhe. Dadurch war ihm die Beschaffung der Baugelder auf Hypothek unmöglich und infolgedessen das Grundstück für seine Zwecke wertlos. Das Gericht hat hier trotz Modalitätenbetrug[1]) d. c. d. angenommen, wie auch das Oberappellationsgericht Lübeck in einem sehr häufig zu oberstinstanzlicher Entscheidung gekommenen Fall des Betrugs über den Miet- oder Pachtertrag eines Grundstücks trotz Betrug über Modalitäten des Vertrags d. c. d. annahm. Der Käufer habe das Haus, so wird die Entscheidung begründet, nicht aus Luxus, sondern den Umständen nach in der Absicht gekauft, um sich daraus eine Rente zu verschaffen, für welche natürlich die Höhe des Mietertrags von ausschlaggebender Bedeutung gewesen sei.

Da also bei all den genannten Entscheidungen bei der Feststellung, wann gerade d. c. d. oder d. i. vorliege, stets darauf Gewicht gelegt wird, in welcher Weise der Betrug den Willen des Getäuschten zur Zeit des Vertragsabschlusses zu bestimmen geeignet war, und statt eines strengen Formelnkultus nur dessen Gegenteil zu finden ist, können sie sich würdig der Theorie zur Seite stellen und getrost dem Urteil späterer Zeiten entgegensehen.

2. Preussisches und österreichisches Recht.

a) Preussisches Recht.

Ganz auf dem Boden des gemeinen Rechts steht die Lehre des Preussischen Allgemeinen Landrechts.

Wenn der § 349 des ersten Teiles (Titel 5), wonach der Betrogene vom Vertrag abgehen kann, wenn er zur Errichtung des Kontrakts verleitet worden war, die Reszissionsklage des gemeinen Rechts bei d. c. d. im Auge hat, so deutet der § 87 des ersten Teiles (Titel 4) auf die entsprechende Regelung des gemeinen Rechts bei d. i. hin:

1) Der in der gemeinrechtlichen Literatur gebräuchliche Ausdruck „Modalitätenbetrug“ oder „Betrug über Modalitäten (des Rechtsgeschäfts)“ bedeutet den Betrug, der sich nicht auf die essentialia eines Rechtsgeschäfts, sondern auf solche Verabredungen bezieht, die über Art und Eigenschaften der Kaufsache z. B. über Masse, Mietserträge usw. oder über sonstige Fragen der näheren Ausgestaltung getroffen sind. — Mit der Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. hat dieser Begriff nichts zu tun. Vgl. auch S. 14 Anm. 4 a. Ende.

„Ist die Willenserklärung zwar nicht durch Betrug veranlasst, aber der Erklärende zu einem Irrtum vorsätzlich verleitet worden, so hängt es von der Beschaffenheit dieses Irrtums an und für sich wenig betrachtet ab, ob und wie die dadurch veranlasste Erklärung nach obigen Grundsätzen bestehen kann oder nicht (§§ 75 bis 83)".

Durch diese Fassung wurde eine Klärung gegenüber dem gemeinrechtlichen Streit insofern herbeigeführt, als nach den genannten Bestimmungen kein Zweifel mehr bestehen konnte, ob bei der genannten Frage, wann d. i. vorliege, auf die subjektive Einwirkung auf den Betrogenen oder auf den Gegenstand des Vertrags der vom Betrug betroffen ist, abzustellen wäre. Es kommt also hier auf die Beschaffenheit des Irrtums an, auf ein rein subjektives Moment. So allein ist es zu verstehen, wenn Sprenger[1]) behauptet, dass im preussischen Recht von einem Gegensatz swischen d. c. d. und d. i. eigentlich nicht die Rede sein könne, da sich Sprengers kritische Abhandlung lediglich gegen die sich nach dem Gegenstand des Betrugs richtende Abart der Theorie wendet.[2])

Darüber, dass die preussische Lehre voll und ganz der subjektiven gemeinrechtlichen Theorie vom d. c. d. und d. i. entspreche, ist sich die Lehre[3]) und Praxis[4]) einig, Auch Dernburg[5]), der im allgemeinen diese „moderne" Theorie für wenig zweckmässig hält, erkennt in den genannten Bestimmungen des preussischen Rechts

---

1) a. a. O. S. 385.

2) Diese „objektive" Theorie ist jedoch keineswegs als die herrschende im gemeinen Recht anzusehen. Vgl. o. S. 6 Anm. 2.

3) s. besonders Förster, Preussisches Privatrecht. Bd. I § 31. (S. 152.)

4) Aus der Praxis vgl. besonders die Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. Februar 1885 (JW 1885 S. 132): „Das unterscheidende Merkmal zwischen dem dolus causam dans und dolus incidens besteht nach Preussischem Landrechte ganz ebenso wie nach der gemeinrechtlichen Doktrin, welche jenem als Quelle gedient hat, darin, dass im Falle des ersteren der Hintergangene ohne den Betrug ein Geschäft der fraglichen Art überall nicht abgeschlossen haben würde, während der letztere nur auf die Gestaltung des Geschäfts im einzelnen, die Modalitäten desselben eingewirkt hat". Dass mit dem Ausdruck „Modalitäten" nicht die objektive Theorie gemeint ist, zeigen die weiteren Ausführungen: „ . . . ebensowenig macht es einen begrifflichen Unterschied ob der dolus incidens die Bestimmung eines essentiale (z. B. des Kaufpreises) oder nur einen an sich unwesentlichen Teil des Geschäfts beeinflusst hat".

5) Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. Bd. 1, § 110, S. 207 ff.

die ältere Lehre des gemeinen Rechts wieder, die bei d. c. d. Nichtigkeit annahm. „Bei dolus incidens", schreibt Dernburg, „steht dem Betrogenen nur die Differenzklage zur Ausgleichung seines Schadens offen".

b) Oesterreichisches Recht.

Nicht wesentlich anders als das preussische Recht zeigt sich — wenigstens materiell — das österreichische Gesetz. Der § 872 des Allgem. GB[1]) geht in grosser Ausführlichkeit auf den Begriff des d. i. ein:

„Betrifft aber der Irrtum weder die Hauptsache noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern eine Nebeninstanz, so bleibt der Vertrag, insofern beide Teile in den Hauptgegenstand gewilligt und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig; allein dem Irregeführten ist von dem Urheber des Irrtums die angemessene Vergütung zu leisten".

Diese Fassung ist gegenüber dem preussischen Landrecht eine viel schlechtere, indem mit den Worten „Hauptgegenstand" und „Nebenumstand" der Irrtum nahe gelegt wird, als käme es für die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. auf den Gegenstand des Irrtums an[2]). Unter der „angemessenen Vergütung" ist jedenfalls nichts anderes als die gemeinrechtliche Differenzklage verstanden.

Vom d. c. d. ist nicht die Rede. Welchen Einfluss dieser auf das arglistig zustande gekommene Rechtsgeschäft habe, kann leicht durch argumentum e contrario geschlossen werden: in diesem Fall ist das Rechtsgeschäft „nicht gültig", d. h. nichtig. Die Richtigkeit dieses Schlusses entnimmt Unger[3]) aus der Uebereinstimmung mit der Regelung des Zwanges und den Grundsätzen des Naturrechts.[4])

---

1) Allgemeines Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie vom 1. Januar 1812.

2) Aehnlich ist auch die Fassung des § 384 des BGB für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863: „Bezieht sich ... der Betrug auf Nebenpunkte, welche für die Eingehung des Vertrages unwesentlich sind, so findet nur ein Recht auf Schadensersatz statt".

3) System des österr. Allg. Priv. Rechts, Bd. 2, § 81 (S. 55).

4) Vgl. auch Ehrenzweig, System des österr. allg. Priv.-rechts. 1. Bd 1. Hälfte, § 90 S. 213. — Ehrenzweig gebraucht für den d. c. d. den Ausdruck „Hauptmotivirrtum", für den d. i. „sekundärer Motivirrtum".

III. Ausländisches Recht.

Unter den zwei Rechtsgebieten, die ausser den schon genannten bei der Schaffung des deutschen BGB in Betracht gezogen werden mussten, dem französischen und dem schweizerischen, überragt das französische Recht das schweizerische weitaus an Bedeutung. Daneben spielt das englische Recht eine für die deutsche Kodifikation unbedeutende Rolle. Die Gründe sind wohlbegreiflich: England folgte einer ihm eigenen Rechtsentwicklung. Trotzdem sind aber auch seinem Recht die dem Wesen der Unterscheidung entsprechenden Gedanken eigen. Damit ein Rechtsgeschäft angefochten werden kann, „the misrepresentation must be such as to induce the contract“[1]). Sonst, oder an Stelle der Anfechtung steht dem Betrogenen nur die Schadensersatzklage (action of deceit) zur Seite[2]).

1. Das französische Recht.

Unter den angeführten Rechtsgebieten beansprucht das französische Recht eine eingehendere Behandlung, da in keinem anderen Lande Gesetz und wissenschaftliche Auslegung so sehr auf der altbewährten Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. beruht.

Der Artikel 1116 des code civil lautet:

„Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manoeuvres pratiques par l'une des partiées sont telles, qu'il est évident, que sans ces manoeuvres, l'autre partie n' aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé“.

Ueber die Frage der Nichtigkeit bestimmt Art 1117:

„La convention contractéepar . . . dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu a une action en nullité ou en rescission . . .“

---

1) Pollock, Principles, S. 546; vgl. auch S. 502.

2) Anson, Principles, S. 170; Holland, The Elements of Jurisprudence, S. 177. Zur ganzen Betrugslehre: Wertheim, Wörterbuch des Engl. Rechts, Artikel „Fraud“, Das bürgerliche Recht Englands, Kondifikation von Edward Jenks, Kommentar von Schirrmeister Bd. I. Allg. Teil, 1. Hälfte, § 81 (S. 503); Arthur Kurti, Englands Privat- und Handelsrecht, Bd. 2, S. 22 f. Auch René Demogue ist der Ansicht, dass das englische Recht in der Gestaltung der Betrugsfolgen die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. mache (Traité des obligations I S. 601 f.).

Offensichtlich wird in dem Art. 1116 der Fall des d. c. d. behandelt[1]). Für die Frage. welchen Rechtsbehelf der Betrogene bei blossem d. i. habe, hat das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung getroffen. Der Betrogene kann, so muss geschlossen werden, hier nicht die Reszissionsklage (die action en nullité ou en rescission) geltend machen, sondern ist lediglich auf den Weg des Schadensersatzes angewiesen, um die Folgen des Betrugs in anderer Weise als der der Aufhebung des Vertrags von sich abzuwälzen (Art. 1382)[2]).

Dies ist bis in die neueste Zeit der feste Standpunkt der französischen Wissenschaft und Praxis, so dass es seltsam berührt, wenn das deutsche Reichsgericht[3]) von der Unterscheidung „in früheren Rechten" spricht und damit leicht den Anschein erweckt, als ob es sich bei unserer Frage um etwas Ueberlebtes handelte. Zwar fehlt es auch im französischen Recht nicht an Autoren, die die Unterscheidung verwerfen[4]), ihre Stimme blieb jedoch ohne Einfluss auf die herrschende Lehre, die sich zuweilen sogar einer eigenen Terminologie bedient. So wird der dol incident häufig als dol accidentel der d. c. d. als dol principal, dol substantiel und dol déterminant bezeichnet.

In der Erläuterung der genannten Begriffe herrscht der Sache nach Uebereinstimmung. In anschaulicher Weise wird der Begriff des d. i. z. B. von Planiol[5]) umschrieben: „Sans entraîner la conclusion du contract, il a pu déterminer la partie à accepter des conditions plus onéreuses"[6]). Die Rechtsfolgen werden dann an folgendem Beispiel gezeigt: „Un vendeur d'immeubles, qui a produit des baux simulés pour faire monter plus le prix de sa maison; ses manoeuvres ont causé, un préjudice à l'acheteur, et il y a lieu

1) So auch Sprenger, a. a. O. S. 387.

2) Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. 2, S. 423. f.

3) RG Warn. 1910 Nr. 314; JW 1910 S. 799.

4) So Bufnoir, Colin und Capitant (zit. bei René Demogue, Traité des obligations en général Bd. I. S. 590). Nach diesen soll die Unterscheidung „inutile" sein. Demogue beruft sich gegenüber diesem Vorwurf auf die innere Berechtigung der Unterscheidung, „car la sanction n'est pas et ne doit pas être la même dans les deux cas".

5) Traité élémentaire de droit civil Nr. 1067.

6) Aehnliche Definitionen bei Demogue a. a. O.; Baudry-Lacatinerie, Précis de droit civil I Nr. 125; Dalloz, Nouveau code civil II Nr. 32. Bei letzterem auch ausgiebige Literaturangaben.

à une indemnité, qui se traduira par un abaissement ou une restitution partielle de prix selon qu'il sera encore dû ou déja payé".

Bei allen angeführten Beispielen wird von den Rechtslehrern der Anschein sorgsam verhütet, als ob d. c. d. oder d. i. stets dann vorliege, wenn der Betrug sich auf einen bestimmten Teil des Vertrags, etwa auf den Kaufpreis beziehe. Aber auch Bédarride, der auf den ersten Blick dieser Ansicht zu sein scheint,[1]) zerstreut die Zweifel an der Richtigkeit seiner Ansicht durch Beispiele, wo je nach dem Einfluss auf den Willen des Käufers bei ein- und derselben arglistigen Verhaltungsweise d. c. d. oder d. i. angenommen wird[2]).

Im Ergebnis stimmt also das französische Recht völlig mit dem neueren gemeinen Recht überein: Die Begriffe decken sich und die Rechtsfolgen sind die nämlichen.

Mit dem Einzug des französischen Rechts ist auch seine Lehre von der Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. zu all den Ländern gekommen, die unter dem unmittelbaren Einfluss des code civil stehen. Von diesen Rechtsgebieten seien hauptsächlich drei genannt: Holland, Italien und Spanien.

1. Hollands Burgerlijk Wetboeck vom 31. Mai 1843 bringt im Artikel 1364 eine wörtliche Uebersetzung der Art. 1116 code civil[3]):

Bedrog levert eene grond op tot vernietiging der overeenkomst, waneer de kunstgrepen, door eene der partijen gebezigd, van dien aard zijn, dat het klaarblijkelijk is, dat de andere partij zonder die kunstgrepen de verbindtenis niet zoude hebben aangegaan.

Bedrog wordt niet voorondersteld, maar moet bewezen werden.

2. Der Codice civile italiano bestimmt in Art. 1115: Il dolo è causa di nullità del contratto, quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali, che l'altro senza di essi non avrebbe contrattado.

---

1) Bédarride (Traité du dol et de la fraude) definiert in Tome I Nr. 66 den d. i.: „Le dol accidentel est celui, qui s'exerce sur une des conditions accessoires du contrat, c'est a dire sur la qualité de la chose ou sur le prix". Dadurch kann der Irrtum erregt werden, als ob es bei einem Vertrag objektiv gesehen „des conditions accessoires" gebe, was z. B. der Preis zweifellos nicht immer ist.

2) Siehe die Beispiele a. a. O. Nr. 50 vgl. mit Nr. 66.

3) Abgesehen von einigen bei den betreffenden Artikeln eingeführten Zusätzen ist auch das badische Landrecht von 1809 eine Uebersetzung des code civil.

Zur Erläuterung der Gesetzesbestimmung führt Chironi[1]) aus, dass d. c. vorliege, „quando fosse tale, che senza di esso la dichiarazione di volontà (apparente) non avrebbe avuto luogo", während d. i. vorliege, wenn der Vertrag ohnehin — wenn auch „con altre modalità" — geschlossen worden wäre. Im letzteren Fall non vi ha azione per la nullità, ma per il damno.[2])

3. Nichts Neues bringt auch Art. 1269 des Codigo civil espanol. In Spaniens Gefolgschaft finden wir die meisten süd- und mittelamerikanischen Staaten, die zum Teil in ihren Gesetzen nicht nur wie der code civil auf den d. c. d., sondern ausdrücklich auch auf den d. i. eingehen. Argentinien hat z. B. in seinem Art 932[3]) folgende Bestimmungen über den d. c. d.: Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunion de las circunstancias siguientes:

1ª Que haya sido grave.

2ª Que haya sido la causa determinante de la accion.

3ª Que haya ocasionado un daño importante.

4ª Que no haya habido dolo por ambas partes.

Um die Aufhebung des Vertrages zu bewirken, muss der Betrug also selbst den Vertragswillen des andern Kontrahenten erzeugt haben. Hätte der Getäuschte aber auch von sich aus gekauft und so den Vertrag, wenn er nicht betrogen worden wäre, zu andern Bedingungen abgeschlossen, so steht ihm nur die Schadensersatzklage gegen den Betrüger zu:

El dolo incidente no afectará la validez del acto; pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que haya causado. — Es dolo incidente el que no fué causa eficiente del acto (Art. 934).

Noch deutlicher ist der d. i., im Codigo civil Brasiliens vom 1. Januar 1916[4]) umschrieben; „É accidental o dolo, quando a seu despeito o acto se teria praticado embora por outro modo". (Art. 93, Satz 2)[5]).

---

1) Instituzioni di dirrito civile italiano I § 60, S. 99.

2) So auch Cesare L. Gasca, Le assoziazioni commerciali e civili, I, S. 336.

3) Código civil de la Republica Argentina vom 29. September 1869/1882.

4) Código civil dos Estados Unidos do Brasil in „Die Zivilgesetze der Gegenwart" hrsg. von Heinsheimer, 1928, Bd. 3.

5) In den „Zivilgesetzen" (vgl. Anm. 4) ist dieser Satz folgendermassen übersetzt: „Nebensächlich ist eine Täuschung, wenn die Rechtshandlung auch ohne sie vorgenommen wäre, wenn auch auf andere Weise". Die Ueber-

2. Das schweizerische Recht.

Anders als nach dem französischen und den ihm verwandten Rechten zeigt sich uns die Rechtslage nach dem schweizerischen Obligationsrecht vom 30. März 1911: die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. ist ausdrücklich nicht im Gesetzestext aufgenommen. Gleichwohl muss durch ergänzende Auslegung des Gesetzes geholfen werden, da die Unterscheidung nicht entbehrt werden kann. Der Art. 28 OR bestimmt:

„Ist ein Vertragschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war".

Obwohl der Wortlaut des Artikels: „zum Vertragsabschlusse verleitet" weit eher als der Wortlaut des § 123 des deutschen BGB, wie noch näher ausgeführt werden wird, im Sinne eines d. c. d. aufgefasst werden könnte, geht die herrschende Meinung in der schweizerischen Rechtslehre wie die deutsche davon aus, einen Vertrag auch bei d. i. für unverbindlich zu erklären[1]). Ist nur ein Teil des Rechtsgeschäfts unverbindlich, so bestimmt hierüber Art. 20 Abs. 2 umgekehrt wie § 139 BGB, dass zunächst nur diese Teile nichtig seien.

Gegenüber dieser herrschenden Meinung vertritt von Tuhr die Theorie vom d. c. d. und d. i. für das schweizerische Recht an Hand von einer grösseren Anzahl von Beispielen[2]). Der Weg den von Tuhr einschlägt ist folgender: der Getäuschte muss bei d. i. den Vertrag gelten lassen, wenn ihm vom Betrüger angeboten wird, was er hätte, wenn der Betrug nicht vorgekommen wäre. Die Grundlage hierfür im Gesetz findet von Tuhr in der analogen Anwendung des Art. 25 Abs. 2, der auf die Lehre vom Irrtum bezieht: „Insbesondere muss sich der Irrende den Vertrag gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hierzu

---

setzung des „dolo accidental" ist nicht glücklich. Es handelt sich nicht um etwas „Nebensächliches", sondern vielmehr um den d. i. (vgl. den französischen „dol accidentel").

1) Vgl. Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, Komm. Note 17 zu Art. 28; Becker, Komm. z. Obl.R. Anm. 6 zu Art. 28.

2) Allgemeiner Teil des schweiz. Obl.R. 1. Halbband § 39, A. 267 f, besonders S. 279 ff; schon für das alte Obl.R. vom 14. Juni 1881 in der Ztschr. f. Schweizer. Recht, Bd. 17 S. 19 ff.

bereit erklärt". Da das Obligationenrecht im Gegensatz zum BGB von der Unverbindlichkeit des Vertrags bei arglistiger Täuschung ausgeht, so ist für die Reszissionsklage nach schweizerischem Recht kein Raum. Abs. 3 des Art. 31 gibt jedoch die Möglichkeit, trotz erfolgter Genehmigung des Vertrages noch Schadensersatz geltend zu machen: „Die Genehmigung eines wegen Täuschung oder Furcht unverbindlichen Vertrags schliesst den Anspruch auf Schadensersatz nicht ohne weiteres aus". In dieser Bestimmung will gerade von Tuhr die Zulässigkeit der Differenzklage bei d. i. erblicken, da ja grundsätzlich bei Genehmigung des Vertrags, welche auch durch Fristablauf (ein Jahr) als gegeben gilt, der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist[1]).

IV. Das Recht des BGB.

A. Gesetzgebungsgeschichte.

1. Der Redaktorenvorentwurf.

Bei der Lehre vom d. c. d. und d. i. handelt es sich im Herrschaftsbereich des Bürgerlichen Gesetzbuches um die zwei Fragen: Ist sie de lege lata begründet oder kommt sie als rechtspolitischer Vorschlag, de lege ferenda, in Betracht.

Die Antwort geht, um das Ergebnis vorweg zu nehmen, auf Bejahung der ersteren Frage.

Für die lex lata kann die Unterscheidung an und für sich in zweierlei Formen in Erscheinung treten: sie kann unmittelbar im Gesetze zum Ausdruck gebracht sein, sie kann aber auch als nicht „geformt" dem Gesetz sinngemäss zugrunde liegen. Diese letztere Erscheinungsform braucht aber darum noch lange nicht einer geformten gesetzlichen Bestimmung an Bedeutung nachzustehen.

Zur Prüfung der Frage, ob überhaupt und in welcher der letztgenannten Formen die Unterscheidung sich im Gesetz feststellen lässt, ist es aber zunächst angezeigt, auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes kurz einzugehen.

Ausgangspunkt war in unserer Frage begreiflicherweise das gemeine Recht. An seiner, zur vollkommenen Durchdringung des Wesens der Willensmängel beim Rechtsgeschäft gelangten Lehre

1) Allgemeiner Teil, Bd. 1, § 39, S. 279.

konnte am Ausgang des 19. Jahrhunderts kein Gesetzgeber vorübergehen, am wenigsten der deutsche, da das gemeine Recht in Deutschland weithin noch subsidiär Anwendung fand.

Der Vorentwurf zum BGB, dessen allgemeine Lehren von Gebhard bearbeitet wurden, spricht sich bei der hier interessierenden Frage, ob die gemeinrechtliche Unterscheidung auch in das neu zu schaffende Recht übergehen soll, in bejahendem Sinne aus und dies mit aller Deutlichkeit und ohne Bedenken. So ist über unsere Frage in den Redaktoren-Motiven[1]) folgendes zu lesen:

„Der Schadensersatzanspruch besteht neben der Wiederaufhebungsbefugnis und wird durch Ausübung der letzteren und Kassierung des Geschäfts zum Teil ausgeglichen. Diese Art von Ausgleichung durch Kassierung des Geschäfts ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn feststeht, dass ohne den Betrug nicht kontrahiert sein würde. Eine Beschwerung des Betrogenen ist nicht ersichtlich, weil derselbe, wenn der andere Teil seinen Ansprüchen sich nicht fügen will, mit dem Antrage auf Feststellung der Ungültigkeit, die im Falle der Verwerfung dieses Antrags eintretenden Schadensersatzansprüche verbinden kann. Bei bloss obligatorischer Anfechtung hat die Unterscheidung von dolus causam dans und dolus incidens nur geringe Bedeutung, denn es findet nur ein gradweiser Unterschied statt, wenn der obligatorische Wiederherstellungsanspruch auf Wiederaufhebung der ganzen Wirkung des Rechtsgeschäfts oder wenn er nur auf Aufhebung einer einzelnen Seite desselben geht — vgl. Windscheid, § 78 Note 7. Der Unterschied geht dagegen weit tiefer, wenn man bei dolus causam dans sachliche Aufhebung eintreten lässt, während bei dolus incidens die Verletzung der Vertragspficht in gewöhnlicher Weise Anlass zu einem Ausgleichsanspruch bietet".

Mit diesen Ausführungen stellt sich der Redaktoren-Vorentwurf klar auf den Boden der Ansicht, dass nicht nur die Unterscheidung beibehalten werden sollte, sondern dass dieser im Sinne des neuen Rechts sogar eine viel grössere Bedeutung zuzubilligen sei. Die allgemeinen Voraussetzungen, unter denen die Unterscheidung in diesem Vorentwurf Anwendung findet, treffen sämtliche für die Gesetz gewordene Regelung zu. Diese sind:

1. „Sachliche Aufhebung" (Anfechtung im Sinne der §§ 123-142 BGB) im Gegensatz zu bloss obligatorisch wirkender Anfechtungsklage.

1) Redaktoren-Motive, Allgemeiner Teil, Abschnitt II, Titel 2: Das Rechtsgeschäft; Zwang und Betrug.

2. Nebeneinanderstehen von Anfechtungsrecht und Schadensersatzanspruch (BGB § 123 und §§ 823, 826).

Auf dem Boden dieser nämlichen Voraussetzungen steht, wie schon gesagt, auch das geltende Recht.

2. Die Motive.

Bei der Ausführlichkeit des Redaktoren-Vorentwurfs ist es nicht verwunderlich, dass die Motive sich, ohne selbst nähere Ausführungen über das Wesen der Unterscheidung zu machen, auf die Seite der bisher herrschenden Theorie stellen. Sie begnügen sich mit der Feststellung, dass die endgültige Regelung eine Gestaltung sei, „welche im Ergebnis von den Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen über den sogenannten metus und dolus incidens (ALR I, 4 §§ 87, 88, Code civil Art. 1116, Sächs. Gesetzbuch § 834. Österr. Gesetzbuch § 872) nicht wesentlich verschieden ist“[1]).

Freilich kommt bei den Motiven im Gegensatz zum Redaktoren-Vorentwurf ein ganz neuer Gedanke herein: der der teilweisen Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit. Die Motive führen darüber folgendes aus:

„Hat der Betrug nur auf einen Teil des Rechtsgeschäfts eingewirkt, so beschränkt sich die Anfechtbarkeit, soweit sie an sich begründet ist, auf diesen Teil, und im Fall der Anfechtungserklärung ist nach § 114“ (§ 139 BGB) „das ganze Rechtsgeschäft ungültig, sofern nicht erhellt, dass dasselbe auch ohne die angefochtene Bestimmung gewollt sein würde“.

Obwohl die Motive im Ergebnis die Unterscheidung im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie übernehmen, was auch aus den Verweisungen auf den Code civil und andere Gesetze hervorgeht, so waren diese Ausführungen, auf deren Haltbarkeit bei der Besprechung des geltenden Rechts bei § 139 BGB[2]) eingegangen werden soll, immerhin geeignet, die bis dahin herrschende gemeinrechtliche Theorie aus dem Felde zu schlagen.

Zunächst haben sich zwei Meinungen darüber gebildet, ob die Motive überhaupt noch die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. machen:

1. Die erste Meinung ist: die Motive sprechen sich gegen, zum mindesten nicht für die Unterscheidung aus, das Gesetz habe diese Lehre daher bewusst aufgegeben.

1) Motive I, 207.

2) s. unten S. 28 f.

Als Beispiele für diese in der Literatur überwiegende, vom Reichsgericht — anscheinend ein- für allemal — vertretene Ansicht diene folgende Entscheidung des RG vom 6. Juli 1910[1]): „Die in früheren Rechten gemachte Unterscheidung zwischen dem dolus causam dans und dolus incidens . . . ist dem BGB fremd. Sie hat namentlich im § 123 keine Stütze und wird auch nicht durch die von der Revision angerufene Bemerkung in den Motiven zum § 103 des ersten Entwurfes getragen".

2. Die zweite Auffassung geht dahin: die Motive sprechen sich für die Beibehaltung der Unterscheidung im hergebrachten Sinne aus.

Diese Auffassuung ist wenig, in neuerer Zeit jedoch besonders wirksam von Geppert vertreten worden. So schreibt er in seiner Abhandlung „Zur Lehre von der Arglist des Verkäufers beim Vertragsabschluss"[2]): „Aus der mitgeteilten Stelle der Motive ergibt sich, dass es keineswegs die Absicht der Redaktoren des BGB gewesen ist, in dieser Beziehung neues Recht zu schaffen" (nämlich die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. und damit die auf ihr beruhende Differenzklage aufzugeben).

Bei unvoreingenommener Durchsicht kann aus der Wendung der Motive: „im Ergebnis nicht wesentlich verschieden" nichts anderes entnommen werden, als dass sachlich zum mindesten kein Schritt von der hergebrachten Theorie abgewichen werden sollte, wenn auch naturgemäss die Technik des neuen Gesetzbuches eine ihm eigene Formung verlangte[3]).

Dass diese Auffassung aus den Motiven zu entnehmen ist, ohne dass zu deren Verständnis noch weiter auf den Retaktoren-Entwurf zurückgegriffen werden müsste, wird auch von der Seite zugegeben, die die Unterscheidung wohl verwirft, aber doch unbefangen in den Motiven zu lesen versteht. So führt das OLG Braunschweig in einem Urteil vom 29. Mai 1903[4]) aus: „Die frühere Unterscheidung zwischen dolus causam dans und dolus inci-

1) Warn. Rechtspr. d. RG 1910, Nr. 3/4; JW. 1910, S. 799; Recht 1910, Nr. 2777. Vgl. auch RGR Komm. Anm. 2 letzter Abs. zu § 123. (I S. 176).

2) Jherings Jahrbücher Bd. 64, S. 454; vgl. auch Recht Bd. 15, S. 268.

3) Der Dresdener Entwurf (Art. 73) passt sich noch enger der überlieferten Formuliernng an: „Bezieht sich der Betrug . . . bloss auf einzelne Vertragsbestimmungen, so kann, sofern nicht nach den Umständen anzunehmen ist, dass nur mit Rücksicht auf sie der Vertrag geschlossen worden sei, nur Schadensersatz gefordert werden".

4) DJZ 1904, S. 1000.

dens kann, obschon ihr die Motive zum ersten Entwurf des BGB (Bd. I S. 207) das Wort reden, vor dem Gesetz nicht bestehen".

Die Ausführungen der Motive über die teilweise Anfechtung beim Betrug sind aber nicht allein für die Existenz der Unterscheidung im geltenden Recht gefährlich geworden. Vom theoretischen Standpunkt aus gesehen ist die Tatsache viel bedeutungsvoller, dass sich auf Grund der Ausführungen der Motive über teilweise Anfechtbarkeit beim Betrug in der Bedeutung und dem Sinn der Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. bei all denen eine Wandlung vollzog, die auch noch im geltenden Recht der Unterscheidung ein Plätzchen einräumen.

Nach dieser neuen Auffassung soll d. c. d. dann vorliegen, wenn der Getäuschte dem Betrug in Beziehung auf das ganze Rechtsgeschäft erlegen ist, während d. i. gegeben sei, wenn der Betrug nur einem Teil, nämlich einzelne Bestandteile eines Rechtsgeschäfts erfasst habe.

Dieser Auffassung sind vor allem die Kommentare zum BGB. So findet sie sich bei Staudinger[1]), Goldmann-Lilienthal[2]) und Sörgel[3]). Auch Oertmann ist in seinem Kommentar[4]) geneigt, die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. nur in diesem Sinne für das geltende Recht zuzulassen:

„Freilich kann man den Ausdruck dolus incidens mit Hölder und den bei Weiss S. 4 Zitierten[5]) in einem anderen Sinne aufrecht erhalten: es ist denkbar, dass die Willenserklärung aus mehreren trennbaren Bestandteilen besteht; soweit dann nur ein Teil durch arglistige Täuschung hervorgerufen ist, ist auch nur er an sich anfechtbar".

Mit dieser Auffassung ist aber die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. zur vollkommenen Bedeutungslosigkeit verurteilt, denn sie gehört in diesem Sinne nicht mehr der Betrugslehre an, sondern ist eine andere gelehrte Bezeichnung für „teilweise Nichtigkeit" geworden. Ursprünglich war der d. c. d. und d. i. eine an der Wirkung auf den Vertragsgegner gemessene Art des Betrugs, nun bedeutet er lediglich ein Plus oder Minus von Nichtig-

1) Bd. 1, § 123 IV, 5.
2) Bd. 1, S. 152. (§ 39; 2).
3) Anm. 1 zu § 123.
4) Bd. 1 Anm. B 1 f zu § 123.
5) Gemeint ist die Erlanger Dissertation von Weiss (1906).

keit[1]). Etwas Neues war damit aber nicht gesagt, denn es war im gemeinen Recht nie bezweifelt worden, dass es Fälle gibt, wo bei teilweiser Nichtigkeit nicht auch gleich das ganze Rechtsgeschäft von der Nichtigkeit ergriffen zu werden braucht, sofern nur der verbleibende Teil den Interessen beider Parteien zu dienen noch geeignet ist (utile per inutile non debet vitiari)[2]).

Zum Beweis dafür, dass die Motive die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. — und zwar im Sinne der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie — haben beibehalten wollen, mag endlich noch die allgemeine Erwägung dienen, dass bei der Schaffung des BGB eine Neuerung nur dann beabsichtigt sein konnte, wenn sie gegenüber dem alten Rechtszustand einen Fortschritt bedeutet hätte. Eine Kritik ist aber nirgends festzustellen, lediglich die „Gestaltung", die Einpassung der Unterscheidung in das System des BGB war das Problem, das die Motive in der genannten, wenig glücklichen Weise zu lösen suchten.

Das Ergebnis, das aus den Motiven gewonnen werden kann, ist also ein durchaus positives. Damit ist für unsere Stellungnahme zum geltenden Recht schon viel, doch noch lange nicht alles gewonnen: Motive sind nicht Gesetz und ihr Verfasser kein Gesetzgeber, wenn auch aus ihrer Fassung mancher berechtigte Schluss auf den Willen des Gesetzgebers gezogen werden mag. Es ist daher weiter zu fragen, geht die Unterscheidung nicht auch aus dem Gesetz selbst hervor, und insbesondere wie hat sich die in den Motiven angebahnte und im Gesetz beibehaltene Gestaltung bewährt?

B. Systematische Betrachtung.

1. Die Anfechtung.

a) Die Bestimmung des § 123.

Zunächst soll die Regelung der Anfechtung im Hinblick auf unsere Frage näher betrachtet werden. Der Abs. 1 des § 123 BGB bestimmt hierüber:

„Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten".

---

1) So sagt z. B. Sörgel a. a. O., dass die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. im BGB zwar nicht aufgenommen, „indess für den Umfang der Anfechtungswirkung nicht bedeutungslos" sei.

2) Windscheid, Pand. § 82 Anm. 12.

Die allgemeine Fassung dieses Absatzes lässt nicht erkennen, ob das Gesetz damit den d. c. d. zum Ausdruck bringen wollte. Dafür sind die Ausführungen viel zu knapp, wenn man vergleichsweise an den Art. 1116 des Code civil denkt. Besonders kann auf das Wörtlein „bestimmt" kein Nachdruck gelegt werden, indem es dem Zusammenhang nach lediglich besagen will, was ja auch für den d. i. zutrifft, dass die Täuschung für das Verhalten des Betrogenen kausal sein muss. Andernfalls wäre ja die Täuschung ohne jede rechtliche Bedeutung. Es ist daher die Ansicht Dernburgs[1]) von der Literatur nicht geteilt worden, dass das Gesetz hier den d. c. d. im Auge habe[2]) und dass die Anfechtung dann ausgeschlossen sei, wenn ein Betrug bei den einzelnen Bestimmungen des Rechtsgeschäftes vorkam.

Das Gesetz hat aber den Unterschied von Teil und Ganzem eines Rechtsgeschäfts bewusst vermieden und spricht nur von dem abstrakten Begriff der Willenserklärung, der auch für „einzelne Bestimmungen" eines Vertrages zutreffen würde. Im Einklang mit der herrschenden Meinung, die die Anfechtung auch dann zulässt, wenn der Betrug auch nur mitgewirkt hat, legt das Reichsgericht auch seinerseits keinen besonderen Wert auf das Wörtlein „bestimmt". Es würde ihm eine solche Buchstabenjurisprudenz auch keine Ehre machen. Vielmehr lässt das Reichsgericht[3]) schon „Beeinflussung" an Stelle von Kausalität genügen, um die Anfechtung zu begründen. Dabei kann man allerdings zweifeln, ob der Unterschied nicht nur darin liegt, dass das eine ein Fremdwort ist und das andere nicht.

Kann somit in § 123 von keinem d. c. d. gesprochen werden, so steht diese Bestimmung der Unterscheidung auch nicht entgegen. Diese Feststellung stimmt auch ganz mit den Motiven überein, die ja die Unterscheidung nicht in einer einzigen Bestimmung verkörpert wissen wollen, sondern im Wege der teilweisen Anfechtung und der sich daran anschliessenden Nichtigkeit ein der Unterscheidung analoges Ergebnis herbeiführen wollen[4]). Die Frage nach der Unterscheidung im Geltungsbereich des BGB kann daher durch

1) Bürgerliches Recht, Bd. 1, S. 493 f.

2) Dieser Auffassung ist auch Bütow. Zwei Fragen aus der Lehre vom Betruge (Diss.) II, S. 41.

3) RG 107, 177 ff.

4) Siehe oben S. 23.

§ 123 weder bejaht noch verneint werden. Es ist nun zu sehen, ob sie unter Zuhilfenahme des § 139 beantwortet werden kann.

b) Die Anwendbarkeit des § 139.

Ist nur ein Teil eines Rechtsgeschäfts wegen arglistiger Täuschung angefochten, so ist zunächst nur dieser als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142). Das Schicksal des von der Anfechtung nicht ergriffenen Teiles des Rechtsgeschäfts wird durch § 139 bestimmt: „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde".

aa) Der in § 139 vorausgesetzte Parteiwille.

Nach einer überwiegenden Ansicht steht der Anwendung des § 139 das Bedenken entgegen, dass man bei gegenseitigen Verträgen nie sicher sagen könne, dass der Vertrag auch ohne die Bestimmung, die wegen Nichtigkeit in Wegfall gekommen ist, zustande gekommen wäre.

Diesem Bedenken gibt das Reichsgericht in seiner für unsere Frage auch sonst bedeutsamen Entscheidung vom 6. Juli 1910[1]) folgenden Ausdruck:

„. . . wenn man in der Festsetzung des Kaufpreises in einem Kaufvertrage selbst einen „Teil" dieses Rechtsgeschäftes im Sinne des § 139 erkennen könnte (vgl. RGZ 59, 125 Nr. 53, 186/7 Nr. 46), so fehlt es doch an jedem Anhalt für die Annahme, dass der Kauf auch ohne die konkrete Preisvereinbarung zustandegekommen wäre. Im Zweifel sind jedenfalls alle Bestimmungen eines Vertrags als ein zusammengehöriges Ganzes zu betrachten, so dass besondere Umstände vorliegen müssen, um eine Ausnahme von dieser Regel zu begründen (siehe RGZ 57, 165 Nr. 87)".

Aehnlich findet sich dieser Einwand auch in der Literatur. So schreibt Natter in seiner Monographie über § 139[2]), dass, wenn in concreto die Annahme durchaus gerechtfertigt wäre, dass der Käufer auch einen Teil der Leistungen, soweit dessen Leistung möglich war, um einen entsprechend niederen Kaufpreis gekauft hätte (wenn der Betrug nicht vorgekommen wäre), so habe er doch

1) Warn. Respr. des RG 1910, Nr. 314.

2) Natter, Die teilweise Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, Tübinger Diss. 1907, S. 49.

beim Abschluss des auf Leistung des ganzen Gegenstandes gerichteten Kaufgeschäfts diesen Willen nicht gehabt. „Aber auch wenn er", fährt Natter (S. 51) fort, „in Erwägung dieser Eventualität den bestimmten Willen hatte, gegen einen Teil der Leistung eine entsprechend reduzierte Gegenleistung zu bewirken, so hat er doch diesen Willen mit der auf Leistung gegen Empfang der ganzen Gegenleistung gerichteten Erklärung nicht zum Ausdruck gebracht, d. h. nicht erklärt".

Hier sind aber die Schrauben, die, wie wir noch sehen werden, den § 139 ohnehin einengen, zu kräftig angezogen. Die Frage, was dann noch für § 139 bliebe, müsste, wenn man Natter folgte, lauten: nichts. Denn selbst angenommen, die Parteien hätten das Geschäft auch ohne den nichtigen Teil gewollt, so ist doch dieser Wille in keinem möglichen Falle erklärt. In den Fällen nämlich, wo die Parteien für den möglicherweise eintretenden Fall teilweiser Nichtigkeit eine Eventualerklärung abgegeben haben, kommt ja § 139 überhaupt nicht in Frage.

Schon der Wortlaut des Gesetzes: „Wenn anzunehmen ist, . . . vorgenommen sein würde", vielmehr noch die Geschichte des § 139 hätten Natter erkennen lassen müssen, dass das Gesetz selbst mit einer Hypothese rechnet. Nach von Tuhr[1]) handelt es sich hier um eine Umdeutung einer wirklich abgegebenen Willenserklärung gemäss einem hypothetischen Parteiwillen. Bei dieser Hypothese handelt es sich nicht mehr um die Auslegung von Verträgen, sondern um die richterliche Annahme eines nicht erklärten und auch nicht gefassten Willensentschlusses in der Richtung, wie sie von den Parteien in vernünftiger Abwägung ihrer Interessen eingeschlagen worden wäre[2]). Eine positive Entscheidung muss an die Stelle treten, wo die Auslegung des Vertragswillens den Richter im Stich lässt. Man sollte dabei den Richter nicht gleich in den Verdacht der Willkür bringen, wo er darauf angewiesen ist, nach freiem, d. h. pflichtmässigem Ermessen zu entscheiden; darin gerade liegt, wie der Franzose[3]) sagt, seine „mission délicate".

Die Partei aber, die sich auf § 139 beruft, darf dem Gegner nach einer Schwächung der Gegenleistung um den nichtigen Betrag

1) Allgemeiner Teil Bd. II. S. 190.

2) Vgl. besonders Otto Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte (Sonderdruck aus der Festschrift für Wach) S. 4; v. Tuhr, Allg. Teil, Bd. II, S. 284 f.

3) René Demogue, Traité des obligations en général I. S. 591.

nicht mehr volle Leistung zumuten: der Richter hat mit andern Worten die Gegenleistung zu mindern, denn von selbst erhält sich nicht — wie nach dem physikalischen Gesetz — Druck und Gegendruck im Gleichgewicht. Ein solches Ermässigungsrecht des Richters ist aber auch sonst dem geltenden Recht nicht fremd[1]). Örtmann will § 471 BGB zu einem Analogieschluss für die hier vorzunehmende „Minderung" verwerten. Es braucht aber nicht erst nach Analogien Umschau gehalten zu werden, wie etwa zu Bestimmungen wie § 343 oder 655 BGB, denn der Gedanke des richterlichen Ermässigungsrechtes findet sich in jeder Rechtsordnung, er gehört — so hätte man früher gesagt — dem Naturrecht an[2]).

bb) Die Teilbarkeit der Rechtsgeschäfte.

Die Schwierigkeiten — um zu der Hauptsache zurückzukehren —, die der § 139 für die Annahme, ob das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, bietet, wären nicht unüberwindlich, wenn nicht § 139 deshalb unanwendbar wäre, weil die Rechtsgeschäfte nicht in der den Motiven vorschwebenden Weise geteilt werden können.

Zur Begründung dieser Behauptung ist es notwendig, etwas weiter auszuholen: im Gegensatz zu § 123, der nur von einer arglistig beeinflussten „Willenserklärung" spricht, ist in §139 von „Rechtsgeschäften" die Rede. Eine sachliche Schwierigkeit ergibt sich aber aus den verschiedenen Begriffen nicht. Zweifelhaft dagegen ist die Frage nach der Teilbarkeit der Rechtsgeschäfte.

Vor der Untersuchung dieser Frage sind zunächst die Fälle auszuscheiden, wo schon mittels Vertragsauslegung festgestellt werden kann, dass kleinere Vertragsbestandteile von nebensächlicher Bedeutung, sogenanntes rechtsgeschäftliches Beiwerk[3]), die durch Anfechtung oder sonstwie in Wegfall kamen, den Hauptkomplex eines Vertrages nicht zu erschüttern vermögen, der Wegfall dieser braucht

1) Vgl. v. Tuhr, a. a. O.; Oertmann, Komm. § 139 Anm. 2 c; Dernburg, Bürgerliches Recht II § 92 I; RG 86, 33 (Pachtzinsermässigung); Geppert im Recht 1915, 264; für das gemeine Recht vgl. Hanausek 1. Abt. S. 158 ff.

2) Vgl. v. Tuhr, Allg. Teil II, S. 185; a. M. Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch S. 102: „Eine analoge Ausdehnung der Bestimmungen der §§ 343 und 655 ist ausgeschlossen".

3) Otto Fischer, Rechtsgeschäftliches Beiwerk, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 76, S. 10 ff, besonders S. 51 für den Fall der Irrtumsanfechtung.

nicht einmal stets die Gegenleistung zu beeinträchtigen[1]). Eine Zuhilfenahme des § 193 ist in diesen Fällen gar nicht notwendig.

Anders verhält es sich, wenn der nichtige Teil ein wesentliches Stück aus dem Vertrag ausmacht, wenn z. B. die Kaufpreisbewilligung wegen arglistiger Täuschung angefochten worden ist. Sollte hier gemäss § 148 BGB die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts auch in dem Falle eintreten, wenn der Käufer durch die arglistige Täuschung bestimmt worden ist, dem Betrüger lediglich ein quantitatives Plus, etwa 100, zu versprechen, während er ihm ohne Betrug 90 versprochen hätte?

Dieser Erfolg der Anfechtung kann offensichtlich vom Gesetzgeber nicht gewollt sein[2]). Es kann doch dem Betrogenen nur soweit die Nichtigkeit seiner Willenserklärung zugute kommen, als sie auch tatsächlich durch den Betrug beeinflusst ist. Natter will zur Abstellung dieses unbilligen Ergebnisses folgenden Weg einschlagen[3]):

1. Bei Quantitätsversprechen soll das Versprechen in dem vom Betrug nicht beeinflussten Teil aufrecht erhalten werden, indem die Wirkungen der Anfechtbarkeit nicht weiter reichen könnten, als die Anfechtbarkeit selbst. Und diese hinwiederum trete nur soweit ein, als die kausale Wirkung der Täuschung reiche.

---

1) Als Beispiele: Wegfall des Trinkgeldes, soweit dieses nicht wie es zuweilen vorkommt, in Wirklichkeit als ein Teil des Kaufpreises anzusehen ist. — Hieher gehört wohl auch das Beispiel Cosacks, Lehrbuch des Bürg. Rechts Bd. 1, S. 251: „Gast mietet eine Wohnung bei Wirt nur, weil Wirt ihm mitgeteilt hatte, der Speisesaal der Wohnung sei 10 m lang, während die Länge des Saales in Wahrheit 9¼m ausmacht. Unanfechtbar solange man mit der Möglichkeit rechnen muss, dass Wirt — wenn schon aus gröbster Fahrlässigkeit — seine Längenangabe für richtig gehalten oder in ihr lediglich eine harmlose Abrundung erblickt hat". Bei dem Beispiel Cosacks ist allerdings nicht klar, was das Beispiel überhaupt besagen will, da aus ihm nicht hervorgeht, ob der Irrtum des „Gast" für diesen überhaupt motivierend war, und da weiterhin mit der „Möglichkeit" gerechnet werden muss, dass der „Wirt" seine Angaben für richtig gehalten hat.

2) Natter, a. a. O. (S. 39).

3) Natters Ausführungen (S. 39 ff) gelten indessen nur für einseitige Verträge. Anders will er die Frage beim beiderseitigen Vertrag beurteilen. Es ist aber nicht einzusehen, warum hier etwas anderes gelten soll wie beim einseitigen Vertrag. Zunächst ist ja nur von der Teilbarkeit einer Leistung bei teilweiser Nichtigkeit die Rede. Wie dann die Folgen für die Gegenleistung bei Verträgen sein werden, ist eine zunächst noch nicht zu behandelnde Frage.

2. Bei Leistungen, die nicht die Leistung einer Quantität, sondern einer oder mehrerer species zum Gegenstand haben, soll nach Natter[1]) die Frage der teilbaren Leistung mehr Schwierigkeiten bereiten. Natter gebraucht hiefür ein Beispiel, wonach infolge arglistiger Täuschung ein Paar Ochsen und ein Pferdegespann als Ausstattung versprochen wurden, während ohne den Betrug (dem Wert nach berechnet) nur ein Paar Ochsen + 1000 M. oder das Pferdegespann – 1000 M. versprochen sein würden. Um auch hier zu einem Ergebnis zu kommen, geht Natter von der im Falle der Gültigkeit des Versprechens bestehenden Uebereignungsverpflichtung des Versprechenden aus und sagt: „Durch die Uebermässigkeit . . . wird diese Verpflichtung nicht aufgehoben, vielmehr auf diejenige Quote beschränkt, welche dem Wert der formlos versprochenen Ausstattung entspricht".

Die Begriffe des Gesetzes von Teil und Ganzem müssen aber nach der Sprache des Lebens beurteilt werden und lassen insbesondere keine mathematischen Konstruktionen zu. Ich verspreche eben nicht wie Natter meint, die Uebereignung von 99 + 1 oder gar von 45 + 55, sondern mein Uebereignungswille geht unteilbar auf die Uebereignung von 100. Es tritt hier, besonders bei dem Fall der species-Leistung, eine zu weitgehende Abstrahierung von Mittel und Zweck zutage. Bei dem Versprechen einer species verspreche ich nicht dieses und jenes, und daneben noch die Uebereignung schlechthin, sondern ich verspreche die Uebereigung von diesem und jenem. Die Beschränkung auf die dringlich abstrakte Seite bei der Frage der Teilbarkeit eines Rechtsgeschäfts, das Operieren mit einer ideellen Quotenübereignung und die daraus konstruierte Gemeinschaft gemäss § 741 BGB macht erst recht einen gekünstelten Eindruck, wenn man bedenkt, dass Natter diese „Gemeinschaft" zu dem Zwecke schafft, um sie alsbald untergehen zu lassen. Zu einer solchen Aufhebung wäre natürlich bei einer derartigen Zwangsgemeinschaft Versteigerung notwendig (§ 735 BGB), die erfahrungsgemäss beide Parteien in erheblichem Masse schädigt. Der weitere Vorschlag Natters, der als der kürzere Weg bezeichnet wird, dem Versprechensempfänger eine Geldforderung gemäss § 283 BGB verglichen mit § 255 CPO zu gewähren, würde, abgesehen von den sachlichen Bedenken hiergegen, den Versprechenden in der Regel viel zu hart treffen.

1) a. a. O. S. 44 ff.

Weit offener und einfacher wäre es vielmehr, um bei dem Beispiel des Ausstattungsversprechens zu bleiben, dem Anfechtungsrecht des Versprechenden eine exceptio doli entgegenzusetzen und es der Wahl des Getäuschten zu überlassen, ob er die Ochsen hergeben und ausserdem noch 1000 M. zahlen will, oder die Pferde gegen eine Forderung von 1000 M. gegen den Versprechensempfänger.

Das Ergebnis ist also, dass man mit § 139 in den Fällen von Quantitätsversprechen und auch von einheitlich bestimmten Vertragsleistungen zu einem befriedigenden Resultat nicht zu gelangen vermag. So will denn auch André § 139 nur bei den „verbundenen" Rechtsgeschäften — im Gegensatz zu den „einfachen" und „zusammengesetzten" — angewendet wissen[1]). Ob die André'sche Terminologie gerade glücklich ist, ist eine andere Frage, jedenfalls will er im Ergebnis dasselbe, was Literatur und Rechtsprechung, die die Rechtsgeschäfte, auf die sich § 139 seinem Sinne nach vorzugsweise bezieht, als „zusammengesetzte" bezeichnet. Das Reichsgericht und die Mehrheit der Schriftsteller[2]) kommen zu einer Anwendung des § 139 nur dann, wenn die nur eine einzelne Bestimmung des Rechtsgeschäfts treffende Nichtigkeit die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen unberührt lasse und „sofern diese einen getrennten Bestand haben"[3]). Auf diese Auffassung deutet auch die Vorgeschichte des § 139 hin[4]) und auch Enneccerus, der freilich § 139 auch bei einheitlichen Geschäften zulässt, ist der Ansicht, dass sich diese Vorschrift „hauptsächlich auf ein Geschäft, das aus mehreren Geschäften besteht, die durch den Parteiwillen zu einem Ganzen verbunden sind", zu beziehen sei[5]).

cc) Die Beweislast in § 139.

Die Bedeutung des § 139 liegt also für unsere Frage nicht in seiner unmittelbaren Anwendbarkeit, wohl aber in der analogen Verwertung der in ihm zum Ausdruck gekommenen Beweislastver-

1) André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Geschäfte, in der Festgabe für Enneccerus.

2) RG 78, 120; Oertmann, Komm. Anm. B 1 f zu § 123.

3) Als Beispiele in diesem Sinne wären anzuführen: Verpfändung ist aufrecht zu erhalten, nachdem die lex commissoria gestrichen ist, oder, Darlehensvertrag ist aufrecht zu erhalten, nachdem die Zinseszinsbestimmung in Wegfall gekommen ist, ein Kauf besteht zu Recht obwohl ein damit verbundener Darlehensvertrag nichtig ist.

4) Motive I S. 122; Sächs. BGB §§ 103, 2083; Dresd. Entw. Art. 137.

5) Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Allg. Teil § 189 IV a (S. 514).

teilung. Darin allein liegt der richtige Kern bei der Heranziehung des § 139. Wenn auch die Frage nach der Beweislastregelung im Gesetz im allgemeinen nicht aufgeworfen werden soll, so kann an dieser Stelle ohne weitere Begründung die Ansicht, dass die Beweisregel aus dem Satzbau hervorgehe, um so eher zugrunde gelegt werden, als auch andere Beweislasttheorien bei § 139 zu demselben Ergebnis auf anderem Wege gelangen.

Die Regel des § 139 ist demnach folgende: ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist zu vermuten, dass das ganze Geschäft nichtig ist; die Widerlegung dieser Vermutung obliegt dem, der das Bestehen des Vertrages auch ohne den nichtigen Teil behauptet. Zum Zweck der Analogie ist dieser Gedanke noch allgemeiner so zu fassen: im Zweifel steht und fällt ein Vertrag so, wie er ist. Wer behauptet, er wäre auch zu anderen Bedingungen geschlossen worden, hat dies zu beweisen. So wäre schliesslich für die Frage der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zu folgern, dass der Anfechtende nicht zu beweisen hat, dass der Betrug ihn zum Abschluss des Vertrags nach seinem ganzen Inhalt bestimmte, sondern dass es Sache des Anfechtungsgegners ist, zu beweisen, dass der Betrug nicht den Vertragswillen des Anfechtenden erzeugte und dieser daher den Vertrag auch ohne die dolose Bestimmung — wenn auch unter anderen Bedingungen — geschlossen hätte (d. i.).

Ist aber ein solcher Einwand gegenüber dem Gegner, der mit der Anfechtung auf Totalnichtigkeit ausgeht, überhaupt zulässig und wäre bei einer etwaigen Zulassung dieser Einrede die Stellung des Betrogenen, der sowieso im Hintertreffen ist, ungebührlich zu Gunsten des Betrügers erschwert?[1])

c) Die exceptio doli (§ 242).

Nachdem, wie schon ausgeführt, für die Beantwortung der ersten dieser Fragen § 123 weder in positivem noch in negativem Sinne angeführt werden kann und § 139 trotz seines auf den ersten Blick verfänglichen Wortlauts für die Bejahung keine geeignete Handhabe

1) Geht man mit Neubecker, Vertragslösung, Ztschr. f. vergl. RW 21, 42, davon aus, dass in § 123 der germanische Gedanke des selbstherrlichen autonomen Umstossens eines überhaupt umstossbaren Geschäftes zum gesetzmässigen Ausdruck gekommen sei, so wäre allerdings die gestellte Frage sehr ungermanisch. Der Gedanke des selbstherrlichen Umstossens eines Rechtsgeschäftes selbst ist aber das Gegenteil von „germanisch".

bietet, so bleibt schliesslich nichts anderes übrig, als auf den höchsten Rechtssatz den unser Gesetz kennt, auf den Rechtssatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr zurückzukommen, wie er in § 242 BGB seinen Ausdruck gefunden hat.

§ 242 gewährt nicht nur die Möglichkeit, und damit die Pflicht, Vertragsbestimmungen nach Treu und Glauben auszulegen bzw. zu ergänzen, er ist zugleich das Mittel, das Recht selbst fortzubilden, und dort wo der Wille des Gesetzgebers unvollkommen im Ausdruck ist, zu ergänzen. Damit erfüllt § 242 dieselbe Aufgabe, wie sie im gemeinen Recht die schon den Römern geläufige exceptio doli (generalis) erfüllte. Mit Recht appelliert von Tuhr[1]) bei der Handhabung dieses feinen Instrumentes an Vorsicht und Taktgefühl. Dies gilt in besonderem Masse, wenn es gegenüber einer so fest geformten Vorschrift wie § 123 gebraucht werden soll. Allein in unserer Frage unterliegt die Modifizierung des § 123 durch § 242 unter analoger Heranziehung des § 139 keinen Bedenken. Ja, es kann unser Fall geradezu als Exempel für die rechtsergänzende Anwendung des exceptio doli generalis angeführt werden, da es infolge der technisch bedingten Zerlegung der Gesichtspunkte unserer Unterscheidung auf die drei Stufen §§ 123, 142, 139 trotz des in den Motiven deutlich zum Ausdruck gelanten Willens, die Unterscheidung beizubehalten, dem Gesetzgeber nicht geglückt ist, der Unterscheidung einen einwandfreien Ausdruck — wie etwa im Code civil — zu geben. Wir kommen also dazu, die Einwendung, es liege nur d. i. vor, gegenüber § 123 zuzulassen und den Anfechtenden in diesem Fall auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu verweisen, was natürlich in praxi in ein und demselben Verfahren geschehen könnte.[2])

Ist also die Zulässigkeit der Einrede des d. i. zu bejahen, so muss die andere oben aufgeworfene Frage, ob durch diese Zulas-

1) Allg. Teil., II, S. 546 f.

2) Ein analoger Rechtsgedanke findet sich in dem § 468 BGB, wonach die Wandlung bei Grundstückskäufen ausgeschlossen ist, wenn dem Käufer eine bestimmte Grösse des Grundstücks zugesichert war und der Vertrag infolge der Grössendifferenz nicht jedes Interesse für den Käufer verloren hat, andernfalls braucht er (der Käufer) nur entsprechend weniger zu zahlen. Dazu bemerkt Crome, System des Bürg. Rechts II, § 222, S. 463 f: Ist anzunehmen, dass der Verkäufer auf dieser Basis nicht verkauft haben würde und verlangt er entsprechende Preissteigerung, so muss der Käufer sie sich gefallen lassen oder aus dem obigen Gesichtspunkt Wandelung verlangen".

sung die Stellung des Betrogenen zu sehr beschwert würde, durchaus verneint werden.

Zwar hat der Betrogene bei d. i. nach der hier vertretenen Ansicht nicht einmal ein teilweises Anfechtungsrecht, wie er es bei wörtlicher Anwendung der Bestimmungen §§ 123, 142, 139 hätte, aber dieses Minus steht in gar keinem nennenswerten Verhältnis zu der Last, die für diesen Fall dem Gegner aufgebürdet ist, nämlich zu der Beweislast. Der Fall des d. i. wird überdies — besonders in wirtschaftlich ausgeglichenen Zeiten — gegenüber dem d. c. d. weniger oft in Erscheinung treten. Was der Betrogene zur Begründung seiner Anfechtung zu beweisen hat, ist also nach wie vor:

1. die arglistige Täuschung, nach der alten Regel: dolum ex insidiis perspicuis probari convenit[1]),

2. dass er durch die Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist. Dabei ist es grundsätzlich gleichgültig, ob er vor Abgabe einer Willenserklärung überhaupt oder nur zu der Erklärung in ihrer So-Beschaffenheit verleitet wurde. Diese Auffassung ist in der Literatur und in der Praxis der Gerichte fest begründet[2]).

Alles weitere kann der Betrogene der Initiative des Anfechtungsgegners überlassen und sollte dieser mit seiner Einrede durchdringen, so verbleiben dem Betrogenen als Ersatz die Schadensersatzansprüche, die ihm auch bei d. i. ohne Zweifel zustehen.

Verfehlt wäre es endlich, eine unbillige Belastung des Getäuschten noch allgemein darin zu erblicken, dass dem Betrüger damit die Möglichkeit gegeben ist, trotz seines Betruges noch Rechte aus dem dolosen Rechtsgeschäft herzuleiten. Es ist durchaus kein Widersinn, dass sich der Betrüger, nachdem er entlarvt ist, auf Treu und Glauben in der Beurteilung seiner Tat beruft, wie auch im Strafrecht der Betrüger mit Recht auf ein gerechtes Urteil hoffen darf. Dem Getäuschten darf durch die Täuschung nicht die Möglichkeit gegeben sein, nun auch seinerseits gegen die guten Sitten zu handeln. Und ein Verstoss gegen die guten Sitten wäre es, sich auf Kosten eines andern — auch eines Betrügers — über seinen Schaden hinaus

1) C II, 20 (21), 6.

2) Enneccerus, a. a. O. § 126 I 3 S. 441; danach kann ein Irrtum schon dann die Vermutung begründen, dass der Getäuschte durch ihn zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, wenn dieser hierzu normalerweise geeignet ist. Vgl. auch RG 73, 314; JW 1910 S. 648 f; DJZ 1904 S. 1000.

ungerechtfertigt zu bereichern. Es muss trotz der nahen Berührung mit der ethischen Seite der Beurteilung davor gewarnt werden, im Anflug an sich berechtigter sittlicher Entrüstung den Betrüger aus der Rechtsgemeinschaft auszuschliessen: der Betrüger, der die Rechtsgemeinschaft verletzt, ist damit nicht selbst dem Recht entzogen, er steht unter rechtlicher Verfolgung, aber auch unter rechtlichem Schutz.

2. Der Schadensersatzanspruch auf Grund unerlaubter Handlung.

a) Die Reszissions- und Differenzklage.

Die arglistige Täuschung bedeutet zugleich ein vorsätzliches, gegen die guten Sitten verstossendes Verhalten. Darnach ist ausser der Anfechtung die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs auf Grund des § 826 zugelassen. Gewöhnlich macht sich der Täuschende auch eines Betrugs im Sinne des Strafgesetzbuches (§ 263 StGB) schuldig. Der Verstoss gegen dieses Schutzgesetz würde den Schadensersatzanspruch also auch aus § 823 Ab. 2 BGB begründen. Endlich kann auch eine kontraktliche Schadensersatzhaftung wegen culpa in contrahendo in Frage kommen, worauf, wie eingangs[1]) bemerkt, nicht näher eingegangen werden soll.

Aus dem Nebeneinanderstehen der beiden Rechtsmittel — Anfechtung und Schadensersatzanspruch — ergeben sich Fragen, die ihrerseits an dieser Stelle nicht erschöpfend untersucht werden können[2]). Als Ausgangspunkt für die Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Rechtsmittel stehen, mag hier umso eher die von der herrschenden Meinung getragene Auffassung[3]) vertreten sein, als auch die Motive[4]) über den Willen des Gesetzgebers keinen Zweifel lassen. Darnach soll es der Wahl des Getäuschten überlassen bleiben, ob er anfechten oder Schadensersatz fordern will. Das

1) Siehe oben S. 1.

2) Solche Fragen sind z. B., ob die Schadensersatzklage dem Anfechtungsrecht gegenüber subsidiär oder an gleicher Stelle steht; wie sich andere Vertragsansprüche zu dem Schadensersatzanspruch verhalten, besonders die Ansprüche aus dem Kaufrecht (§ 463 BGB); ob durch die Geltendmachung des einen Rechtsmittels das andere absorbiert wird; und weiter — bei Verneinung dieser Frage — ob es eine Klagänderung bedeutet, wenn im Prozess eine Partei von der schon einmal erklärten Anfechtung abgeht u. a. m.

3) Enneccerus, a. a. O. § 164 S. 444 f; RG 59, 157; 63, 110; JW 1905 S. 76 f.

4) I. Bd. 2 S. 756.

Gesetz lässt dem Betrogenen weitgehendste Freiheit, wie er am besten seine Interessen verfolgen will, ja, es gestattet ihm sogar, neben wirksamer Anfechtung auch noch Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Diese kumulative Anwendung der beiden Rechtsmittel wird vor allem dann stattfinden müssen, wenn der Schaden, der durch die Täuschung verursacht wurde, nicht allein dadurch behoben werden kann, dass das dolose Rechtsgeschäft durch Anfechtung für nichtig erklärt wird[1]). Bei dieser hilfsweisen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen können diese naturgemäss nicht ihrerseits die Aufhebung des arglistig beeinflussten Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben, da diese ja schon durch die Anfechtung erreicht wird. Anders ist dies, wenn der Schadensersatzanspruch an Stelle der Anfechtung gewählt wird. In dieser Anwendung kann auch die Schadensersatzklage zur Aufhebung des Rechtsgeschäfts — allerdings nur mit obligatorischer Wirkung — führen, ähnlich der Aufhebung des Rechtsgeschäfts gehenden gemeinrechtlichen Vertragsklage (Reszissionsklage).

Kann nach dem BGB statt der Auflösung der Vertragsbeziehungen der Schadensersatzanspruch auch auf diejenige Quote beschränkt werden, um die der Betrüger seinen Gegner durch die Täuschung geschädigt hat? Im Gegensatz zu der Aufhebungsklage handelt es sich also bei diesem Anspruch um eine blosse Entschädigung, um den von Dernburg und neuerdings von Geppert[2]) als „Differenzklage" bezeichneten Anspruch. Von Geppert[3]) — und auch hier soll es so gehalten werden — wird der Ausdruck Differenzklage jedoch in einem engeren Sinne als bei Dernburg gebraucht: bei Dernburg[4]) soll der Anspruch auf die Wertdifferenz zwischen dem wirklichen und dem vorgespiegelten Geschäft zu beziehen sein. Mit dieser weiteren Fassung wird leicht der Irrtum hervorgerufen, dass die Differenzklage zur Herstellung des Zustandes führen könne, der bestehen würde, wenn all das, was vorgetäuscht wurde, der

1) z. B. wenn besondere Aufwendungen auf den Vertragsgegenstand gemacht worden sind (Fütterungskosten u. a.), oder wenn der Getäuschte im Vertrauen auf das neue Rechtsgeschäft einen andern Vertrag gekündigt hat und ihm dadurch ein Schaden entstanden ist. Vgl. auch die Beispiele aus dem römischen Recht oben S. 8 f. Weitere Beispiele bei v. Tuhr, Allg. Teil § 68 VII 1, Bd. 2 S. 627.

2) a. a. O. S. 443. Auch in Staudingers Kommentar (Anm. 2 Abs. 2 zu § 123) und bei anderen findet sich der Ausdruck.

3) a. a. O. S. 447 u. ö.

4) Pand. I § 104, S. 241.

Wahrheit entspräche. In dem hier gebrauchten Sinne betrifft aber die Differenzklage lediglich diejenige Wertdifferenz, um die sich der Wert der Leistung dadurch vermindert, dass der vorgespiegelte Umstand nicht vorhanden gewesen ist. Dieses Ergebnis wird in der Regel durch Ermässigung der Vertragsleistungen des Betrogenen z. B. durch Preisminderung erreicht werden.

Bei der Frage: Reszissions- oder Differenzklage — ist wiederum unsere Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. von ausschlaggebender Bedeutung: die Reszissionsklage kann nur bei vorliegendem d. c. d. durchdringen. Ist der dolus nur ein d. i. und würde in diesem Falle der Betrogene die Aufhebung des Vertrages verlangen, so könnte ihm gerade so wie bei der Anfechtung entgegengehalten werden, dass die Aufhebung des ganzen Vertrags sein berechtigtes Interesse übersteige. Auf dem Wege des Schadensersatzes soll nach dessen Natur nur der wirkliche Schaden ausgeglichen werden. Aus Unrecht soll Recht, darüber hinaus aber weder Vorteil noch Nachteil entstehen. Und Unrecht wäre es, wenn der Betrogene auf dem Verlangen der Reszission beharren könnte, wo er durch das unlautere Gebaren gar nicht in seinem Vertragswillen bestimmt, sondern den Vertrag auch ohne die Täuschung mit dem Betrüger oder sonst mit einem Dritten, wenn auch mit anderen Bedingungen, geschlossen hätte. Der Betrogene könne sich auf diese Weise mit Leichtigkeit von einem Vertrage lösen, der ihm vielleicht den wenigsten wegen der vorgekommenen Täuschung unliebsam geworden ist. Der Strafgedanke muss auch im Recht des Schadensersatzes völlig ausscheiden, nachdem uns die Geschichte die Sonderung von Straf- und Zivilrecht gebracht hat.

Die Zulässigkeit einer Differenzklage in dem Falle, in dem die Täuschung nur zu einem Abschluss unter anderen Bedingungen geführt hat, ergibt sich von selbst aus den geschilderten Grundgedanken der Schadensersatzpflicht. Mit der unberechtigten Verwerfung der Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. hängt es aber zusammen, dass auch die Differenzklage, obwohl theoretisch anerkannt, in Wirklichkeit von der herrschenden Meinung zur Bedeutungslosigkeit verurteilt wurde. Da, wo überhaupt auf die Differenzklage eingegangen wird, soll sie nur Anwendung finden, wenn der Kläger (ähnlich wie bei § 139) beweist, dass der Beklagte auch zu den abgeänderten Bedingungen den Vertrag geschlossen hätte.[1])

1) So RG 83, 246; Warn. Rechtspr. d. RG 1910 Nr. 283; 1915 Nr. 230; 1918

Selbst von Tuhr[1]) der unsere Unterscheidung und demgemäss auch der Differenzklage eine grössere Bedeutung zumisst, verlangt diesen Beweis und für die Ansicht des Reichsgerichts[2]) möge folgendes ausgeführt sein:

„Dies" — nämlich die Schadensersatzklage — „würde . . . nur dann zu einer Geldentschädigung führen können, wenn festgestellt werden könnte, dass, wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte, der Kaufvertrag zu einem geringeren Preise abgeschlossen worden wäre, dass also nicht nur der Käufer einen geringen Preis geboten, sondern sich auch der Verkäufer mit diesem geringeren Gebot einverstanden erklärt hätte. Denn nur in diesem Falle liesse sich ein bestimmter, in einem Geldbetrag ausdrückbarer Schaden, für den der Beklagte haftet, ermitteln. Falls dagegen eine derartige Feststellung nicht erzielt werden kann, so würde nicht gesagt werden können, dass es überhaupt zu einem Kaufe gekommen wäre. Dann aber wäre für einen auf § 249 BGB zu stützenden Geldanspruch kein Raum".

Wenn nach dem Jhering'schen Wort der Beweis der Preis ist, um den die Rechte prozessualisch zu haben sind, so fragt man bei der Differenzklage angesichts eines derartigen Beweiserfordernisses umsonst, wer diesen Preis zahle. Damit ist die Differenzklage zu einer leblosen Figur gemacht, die nur eines vermag: Verwirrung in die Frage zu tragen, welches Interesse der Käufer bei arglistiger Täuschung als Schadensersatz geltend machen kann.

Das Reichsgericht hat richtig gefühlt, dass dem Getäuschten die Möglichkeit gegeben sein müsse, unter besonderen Umständen auch Schadensersatz zu verlangen, ohne den Bestand des ganzen Vertrags aufgeben zu müssen. Den natürlichen Weg der Differenzklage hat sich aber das Reichsgericht durch unmögliche Beweiserfordernisse selbst verbaut. So kam es schliesslich unter Anwendung eines Analogieschlusses aus § 463 BGB dazu, dem Käufer das positive Interesse (das „Erfüllungsinteresse") zuzubilligen, also dem Getäuschten zu gewähren, was er hätte, wenn das arglistig Vorgespiegelte war oder das arglistig Verschwiegene nicht vorhanden wäre[3]).

Nr. 181; Gruchot 55, 350; LZ 1921, 373, 1; RGR Komm. Anm. 5a zu § 123, I S. 180.

1) Allg. Teil § 68 IV Anm. 155.

2) RG in JW 1910 S. 937.

3) RG 63 S. 110 f: „Dass der Gesetzgeber für die arglistige Täuschung durch positive Vorspiegelungen etwas anderes gewollt hätte" (als bei argli-

Gegen diese theoretische Unmöglichkeit und die darauf gestützte Praxis hat vor allem Geppert[1]) mit Erfolg angekämpft.[2]) Der Kampf richtet sich vor allem gegen die behauptete Beweislastregel und dann gegen die begriffliche Unklarheit in der Frage der Interesseleistung, welch beide Fragen insofern miteinander zusammenhängen, als sich die Beweislastverteilung der Frage der Interessenwertung unterordnen lässt.

b) Das Interesse des Betrogenen.

Das Interesse des Betrogenen geht zunächst darauf, nicht betrogen zu sein (quod interest, ne deciperetur). Es liegt diesem Gedanken der allgemeine Satz zugrunde, dass beim Schadensersatz der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB). Ist in der Täuschung, dem schadenbringenden Ereignis[3]), ein d. c. d. zu erblicken, so ist klar, dass das Interesse des Betrogenen in dem Nichtbestehen eines Vertrages liegt, zu dessen Eingehung er durch die Arglist des Betrügers bestimmt worden ist. In diesem Falle kann man also von einem negativen Vertragsinteresse des Betrogenen reden. Am besten aber ist es, die Terminologie „negatives Vertragsinteresse" und „positives Vertragsinteresse" (Erfüllungsinteresse) bei dem Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung

---

tigem Verschweigen von Sachmängeln) „kann ihm nicht zugemutet werden". Als Folgerung: analoge Anwendung von § 463 BGB; vgl. ausserdem RG 95, 155; 62, 384. Um die beiden letztgenannten Entscheidungen hat sich ein heftiger Streit entsponnen. Das Reichsgericht hat diese Praxis jetzt wohl aufgegeben und gewährt nur noch das „negative" Vertragsinteresse. Vgl. auch RGR Komm. Anm. 13a zu § 823 (II. S. 564 unten).

Auch in der Literatur findet sich diese Ansicht; Biermann, Bürgl. Recht I § 70 S. 255, behauptet geradezu, dass der Betrüger denjenigen Zustand herzustellen habe, der bestehen würde, wenn die vorgespiegelte Tatsache wahr gewesen wäre. Gleicher Ansicht anscheinend auch Dernburg, Bürgerl. Recht I S. 445.

1) Jher. Jahrb. Bd. 64 S. 458 ff.

2) So steht die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 86, 336 ganz unter seinem Einfluss.

3) In falscher Voraussetzung wendet sich Weiss (a. a. O. S. 22) gegen die Annahme, dass der schadenbringende Umstand in der Täuschung liege. Dies sei zu unbestimmt. — Was aber im Einzelfall unbestimmt sein kann, ist nur die Grundlage für die Feststellung, ob arglistige Täuschung überhaupt vorliegt und kausal für den Schaden war. Ist dies aber festgestellt, so kann nur sie als schadenbringendes Ereignis und nichts anderes zur Begründung des Schadensersatzes angeführt werden.

ganz zu vermeiden[1]), da sie nur bei dem d. c. d. Anwendung finden könnte und im übrigen nur Verwirrung stiftet. Als Beispiel hiefür mögen die Ausführungen von Riehl in der Deutschen Juristenzeitung[2]) dienen. Er meint, die Frage, ob der das negative Vertragsinteresse begehrende Käufer die Kaufsache zu einem niederen Preise als dem vereinbarten behalten dürfe, sei trotz ihrer grossen Bedeutung für die Praxis noch nicht hinreichend geklärt. „Wer", fährt Riehl fort, „nicht mit dem Wesen des negativen Vertragsinteresses, wonach der Zustand vor Abschluss des Vertrages herzustellen ist, in Widerspruch geraten will, muss die Frage verneinen[3]).

Zur Klärung des Irrtums bei der Verwendung der genannten Begriffe im Zusammenhang mit der Differenzklage müssen diese kurz festgestellt werden:

1. Negatives Vertragsinteresse kann sein die Differenz zu dem Zustand, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. (Das die gewöhnliche Bedeutung.) — Darum kann es sich aber bei der Differenzklage nicht handeln.

2. Positives Vertragsinteresse nennt man die Differenz zu dem Zustand, der bestehen würde, wenn der Vertrag gültig und richtig erfüllt wäre, speziell, wenn die Zusicherungen der Wahrheit entsprächen, der Mangel nicht vorhanden wäre. - Darum kann es sich hier auch nicht handeln. Bei der Differenzklage kommt vielmehr in Betracht die Differenz zu dem Zustand, der voraussichtlich entstanden wäre, wenn die Täuschung nicht stattgefunden hätte und der Vertrag trotzdem geschlossen worden wäre.

Es greift also eine Art von Treu- und Glauben-Erwägung ein, die dem Betrüger den Einwand nimmt, er würde zu den angemessenen Bedingungen, zu denen der Betrogene auch sonst hätte abschliessen können, nicht abgeschlossen habe.

c) Die Berechnung des Schadens.

Die bei der Differenzklage anzustellende Interesseberechnung ist also eine Berechnung eigener Art und kann nicht unter die übliche

---

1) Vgl. oben S. 9 Anm. 6.

2) „Ein unbefriedigender Rechtszustand auf dem Grundstücksmarkte". DJZ 1913 Sp. 382.

3) Selbst bei Dernburg wird durch den Gebrauch der Terminologie negatives Interesse und Erfüllungsinteresse Unklarheit geschaffen, indem er (Bürgerliches Recht I S. 495) schreibt: „Lässt der Getäuschte das Geschäft bestehen, so ist ihm zu gewähren, was er aus demselben hätte, wenn die Täuschung nicht vorgekommen wäre, also sein positives Vertragsinteresse".

Terminologie von positivem und negativem Vertragsinteresse gebracht werden. Im einzelnen kann darnach der Schadensersatz verschiedene Form annehmen:

1. Ist der Vertrag noch nicht erfüllt, so müssen an der Vertragsleistung des Getäuschten Abstriche[1]) gemacht werden, wobei stets das Verhältnis zu der Gegenleistung zu wahren ist. Der Schaden ist zu berechnen im Hinblick auf das gesamte durch die Täuschung hervorgerufene Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Es darf nicht einfach vom objektiven Wert des Vertragsgegenstandes ausgegangen werden[2]). Es darf auch dazu nicht die vielfach anzutreffende Ueberzeugung verleiten, dass sich ein objektiver Wert eines Vertragsgegenstandes leicht feststellen lasse. Ein Blick in die Rechtsprechung über die Aufwertung von Inflationskaufpreisforderungen dürfte schon die Schwierigkeiten zur Genüge beleuchten[3]).

Unrichtig in der Berechnung des Schadens urteilt daher das Oberlandesgericht Stuttgart[4]):

„Der getäuschte Vertragsteil kann aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung grundsätzlich nur den Betrag verlangen, um den sein Gesamtvermögen vermindert worden ist. Diesen ergibt der Unterschied des objektiven Wertes des etwa überkommenen Vermögensgegenstandes und der von ihm gegebenen Gegenleistungen[5]).

---

1) Diese Herabminderung der Vertragsleistung des Getäuschten ist faktisch auch dann eingetreten, wenn zwar seine Leistung — etwa wegen deren Unteilbarkeit – unverändert geschuldet wird, durch die Differenzklage aber die Erhöhung der Leistung des Gegners bewirkt ist. Der häufigste Fall wird die Erhöhung des Kaufpreises sein, wenn der Verkäufer durch den Betrug bestimmt wurde, die Sache billiger zu verkaufen als er es sonst getan hätte.

2) Darin unterscheidet sich die im Ergebnis der Differenzklage oft gleichkommende Minderung (actio quanti minoris). Ueber das Verhältnis der Minderung zur Differenzklage vgl. des Näheren v. Tuhr, Allg. Teil, II § 68 Anm. 155 S. 630 und Geppert, a. a. O. S. 443.

3) Man denke z. B. daran, dass gerade bei sehr hohen Wertobjekten, bei Miet- und Geschäftshäusern der Wert bei dem Schwanken der Miet- und Steuergesetzgebung täglich verändert werden kann. Bei Geschäftshäusern ist auch unberechenbare Konjunkturveränderung und Aenderung der Geschäftslage des Hauses von einschneidendem Einfluss auf deren Wert.

4) JW 1912 S. 863 f.

5) Vgl. auch RGR Komm. Anm. 5 a (I. Satz) zu § 123 (I S.180), wonach eine Schädigung nicht in Frage komme, wenn die empfangene Leistung ihrem allge-

Kann aber, so muss dem gegenüber gefragt werden, nicht auch dann jemand in Schaden durch den Betrug gekommen sein, wenn an und für sich der gebotene Preis dem Wert der Sache auch ohne die vorgespiegelten Umstände entspricht? Gerade um den vorteilhaften Abschluss ist in diesem Fall der Käufer betrogen worden, ja, der Betrogene kann billigerweise selbst bei dem wohlfeilsten Kaufe die Differenzklage anstellen. Das Gesetz bestimmt, dass auch als Schaden der entgangene Gewinn anzusehen ist (§ 252 BGB). Weiter ist an der genannten Entscheidung auch die sonst vielfach anzutreffende Auffassung zu bekämpfen, dass als Schaden nur der Vermögensschaden in Betracht komme, wenn es auch meist um einen solchen handeln wird. „Schaden" im Sinne des Gesetzes kann aber auch der ideelle sein. Dass das Gesetz Ersatz für diesen in Geld nur ausnahmsweise gewährt — so in den §§ 1300, 847 — heisst noch lange nicht, dass es einen Ausgleich auf andere Art, etwa durch Naturalrestitution, ausschliessen wolle. So muss es durchaus möglich sein, im Wege der Differenzklage eine unliebsame Vertragsbestimmung, die zwar durch d. i. herbeigeführt wurde, in Geld aber nicht abgeschätzt werden kann, von dem Vertrag zu streichen[2]).

2. Bei erfüllten Verträgen kann der Getäuschte bei d. i. das infolge der Täuschung zu viel Geleistete zurückverlangen bzw. den Teil, den der Betrüger ohne die Täuschung hätte leisten müssen, nachfordern. Ist jemand, um ein im Anschluss an von Tuhr[3]) gebildetes Beispiel zu gebrauchen, beim Verkauf einer Aktie, die er zum Kurswert zu verkaufen entschlossen ist, infolge Täuschung über den Kurswert dazu bestimmt worden, die Aktie um 80 M. zu verkaufen, während der Kurswert zur Zeit des Verkaufs 100 M. ist, so kann der Verkäufer die Differenz von 20 M. verlangen. Die Aufhebung des Kaufvertrags erscheint in diesem Falle ausgeschlossen, da der Käufer der Reszissionsklage wirksam den Einwand, es liege nur d. i. vor, entgegenhalten könnte. Dies ist umso mehr der Fall, wenn die Aktie inzwischen auf 150 M. im Werte ge-

---

meinen Werte nach den Wert der gegebenen Leistung völlig erreiche, so dass eine Vermögensminderung überhaupt nicht eingetreten sei.

2) Wenn z. B. der Vermieter durch das arglistige Vorbringen des Mieters, er sei ein geübter Klavierspieler, bestimmt wurde, in dem Mietvertrag das Spielen nach 10 Uhr abends zu gestatten.

3) Allg. Teil, II § 68, VII 3 S. 630.

stiegen ist. Der Verkäufer könnte auf diese Weise, wenn der Käufer die Aktie gegen 80 M. wieder zurückgeben müsste, einen Gewinn einstecken, der ihm selbst bei redlichem Verhalten des Käufers nie zugefallen wäre und mit der Täuschung in keiner Weise zusammenhängt. Aehnlich verhielte es sich mit der Masse von Beispielen eines d. i., die aus der Inflationszeit angeführt werden könnten. Gerade die Inflationszeit hat die praktische Bedeutung, ja die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. klar erwiesen, ohne dass die Fälle, aus bekannten Gründen, vor die obersten Gerichte hätten kommen können. Man wende nicht ein, dass es sich hier um Ausnahmezustände gehandelt habe, denn gerade wirtschaftlich wildbeweg e Zeiten stellen an die Spannkraft der Gesetze die höchsten Anforderungen und lassen am ehesten deren Ergänzungsbedürftigkeit erkennen[1]).

Die Differenzklage bedeutet aber in ihrer so geschilderten Art nicht notwendig ein Minus gegenüber der Reszissionsklage, sobald man nämlich auf die Lage des von ihr Betroffenen und nicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrages abhebt. So wird dem Betrüger in vielen Fällen schon die Tatsache, die Differenz in Geld ausbezahlen zu müssen, weit unangenehmer sein, als wenn der Vertrag nichtig wäre und er somit die Kaufsache wieder zurückbekäme, die er an einen Dritten um denselben Preis verkaufen könnte, den der getäuschte Kläger nur unter dem Einfluss des Betrugs bewilligt hatte, oder, wenn nachträglich die verkaufte Sache im Preise gestiegen ist und der Getäuschte ausser dem Anspruch auf die durch die Täuschung verursachte Differenz auch noch diesen Mehrgewinn erhält. Der Betrüger ist eben in solchen Fällen selbst in die Grube gefallen, die er andern grub.

b) Die Beweislast.

Damit aber die Differenzklage überhaupt durchzudringen vermag, muss das Vorliegen von blossem d. i. festgestellt sein. Die letzte

---

1) Bei den Beispielen aus der Inflationszeit muss aber der Irrtum verhütet werden, als ob d. c. d. und d. i. dann vorliege, wenn die Durchsetzung eines Rechtsanspruchs infolge veränderter Sachlage mehr oder weniger billig erscheint. Auch die Beispiele von Tuhrs sind in dieser Hinsicht nicht klar herausgearbeitet. Bei der Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. ist allein der Moment des Vertragsabschlusses ausschlaggebend. Alles, was nachher geschieht, mag nur zur Veranschaulichung der Konsequenzen aus der Nichtbeachtung der Unterscheidung herangezogen werden.

grosse und wie schon oben erwähnt, gleich der Frage nach dem Interesse zu entscheidende Frage ist daher die der Beweislastregelung bei der auf Arglist gestützten Schadensersatzklage. Aus der Beantwortung der Frage, was zu beweisen sei, ergibt sich auch die Lösung der weiter anzustellenden Frage, ob der Betrogene auch dann die Differenzklage erheben könne, wo er das Recht hätte, die Aufhebung des Vertrags zu fordern.

1. Bei der Reszissionsklage ergibt sich nun — der Beweislage bei der Anfechtung entsprechend — folgendes Bild:

Zunächst ist, wenn durch Betrug eine Erklärung herbeigeführt worden ist, zu vermuten, dass ohne den Betrug eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben worden wäre. Bedeutet diese Erklärung nur einen Teil des Vertragsganzen, so ist auch bei der Reszissionsklage die durch entsprechende Anwendung des § 139 BGB gegebene Vermutung anzustellen, dass die Reszissionsklage im Zweifel die Aufhebung des ganzen Vertrages bezweckt.

Die Reszissionsklage steht also dem Betrogenen stets offen, ohne dass er schwierige Beweise zu erbringen hätte. Aber gleich dem Anfechtenden muss sich der Reszissionskläger gefallen lassen, dass der Gegner diese Vermutung widerlegt, also den Nachweis erbringt, dass der Vertrag auch dann, wenn der Betrug nicht vorgekommen wäre, geschlossen worden wäre, wenn auch zu entsprechend geänderten Bedingungen. Aber auch hier bei der Schadensersatzklage braucht so wenig wie bei der Anfechtung, wie gegenüber der herrschenden Ansicht wiederholt zu bemerken ist, bewiesen zu werden, dass der Vertrag auch ohne den aufzuhebenden bzw. nichtigen Teil in Wirklichkeit abgeschlossen sein würde — dies wäre unmöglich —, sondern es sind vom Beklagten lediglich die Umstände darzutun, nach denen der Richter annehmen kann, der Vertrag würde im übrigen, d. h. abgesehen von dem Gesichtspunkt, dass man mit dem Betrüger im Zweifel nichts mehr zu tun haben wolle, unter vernünftiger Wertung der Interessen auch ohne den Betrug, wenn auch unter anderen Bedingungen, abgeschlossen sein.

2. Anders ist es bei der Differenzklage. Hier beruft sich der Kläger gerade auf das Bestehen seiner eigenen Erklärung und der seines Gegners. Er macht lediglich den Schaden aus seiner infolge Betrugs nachteiligen Willenserklärung geltend. Da aber ein solches Vorgehen gegen die allgemeine Vermutung spricht, dass

ohne den Betrug eine Willenserklärung überhaupt nicht, also auch keine andere Art, abgegeben worden wäre, hat der Differenzkläger zur Begründung seiner Klage auch diese Vermutung zu widerlegen, d. h. das Vorliegen eines d. i. zu beweisen. Stellt er dies nicht von vornherein unter Beweis, so kann er, wenn er der Differenzklage, die unter Umständen zugleich einem Verzicht auf weitergehende (dem Gegner ungünstige) Wirkungen gleichkommen mag, nicht verlustig gehen will[1]), dazu jederzeit durch die Behauptung des Beklagten, es liege d. c. d. vor, gezwungen werden. Nur dazu, an Stelle der Differenz die Aufhebung des Vertrages hinzunehmen, kann der Getäuschte durch den Einwand des Beklagten nicht gezwungen werden: der Betrüger kann das Recht des Betrogenen nicht für sich selbst beanspruchen, er kann den Einwand des d. c. d. nur defensiv vorbringen. Die Frage ob der Betrogene an Stelle der aussichtsreichen Reszissionsklage stets auch die Differenz beanspruchen könne, ist also zu verneinen. Er kann dies, wenn der Betrogene sich der Differenzklage mit der Behauptung, es liege d. c. d. vor, entgegenstellt, nur dann verlangen, wenn er das Vorliegen eines d. i. beweist. Daher ist auch die These des Reichsgerichts missverständlich, wenn es anlässlich der (seltenen nur auf den Einfluss Gepperts zurückzuführenden) Erörterung der Differenzklage in Band 62 S. 112 ausspricht, dass der Betrüger an den Vertrag gebunden sei und alle Folgen auf sich nehmen müsse. Die Differenzklage kann eben nur bei d. i. durchdringen.

C. Zusammenfassung.

Für das geltende Recht sei noch einmal festgestellt, dass die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. nicht nur „nicht ganz belanglos" wie in Staudingers Kommentar zu lesen ist[2]), sondern von erheblicher praktischer Bedeutung nach folgender Richtung ist:

1) Damit ist nicht gesagt, dass der Betrogene bei Abweisung der Differenzklage auch der noch verbleibenden Reszissionsklage verlustig gehe. Ein Verzicht auf diese kann jedenfalls in der Erhebung der Differenzklage nur in den seltensten Fällen erblickt werden, und dies auch dann nicht, wenn in der Differenzklage eine Schonung des Beklagten liegen soll. Geht der Beklagte nicht auf die Differenzklage ein und kann der Kläger selbst das Vorliegen eines d. i. nicht dartun, so wäre der Betrogene, wenn in der Erhebung der Differenzklage ein Verzicht auf die Reszissionsklage zu finden und die Anfechtungsfrist verstrichen wäre, ganz ohne Rechtsbehelfe.

2) Bd. I § 123, IV 5.

1. Nach § 123 kann ein Rechtsgeschäft wegen arglistiger Täuschung stets angefochten werden, sofern nur die Täuschung den Willen des Betrogenen motivierend beeinflusst hat. Der Anfechtungsgegner kann aber dem Anfechtungsrecht gegenüber einwenden, dass der Gegner den betr. Vertrag auch ohne den Betrug unter allen Umständen abgeschlossen haben würde, nur eben unter anderen Bedingungen, und dass es deshalb gegen Treu und Glauben verstosse, wenn er jetzt den Vertrag ganz rückgängig machen wolle. Der Betrüger hat die Beweislast für diesen Einwand; es ist nicht etwa so, dass der Anfechtende zur Begründung seines Rechtes nachweisen müsste, dass er durch die arglistige Täuschung zum Abschluss des Vertrages überhaupt bestimmt worden sei d. h., dass er den Vertrag ohne den Betrug überhaupt nicht, auch nicht zu anderen Bedingungen abgeschlossen hätte, denn dafür spricht schon eine Vermutung auf Grund des in § 139 aufgestellten Prinzips, die der Betrüger zu widerlegen hat. In dieser Regelung der Beweislastfrage erschöpft sich die Bedeutung des § 139. Entgegen einer viel verbreiteten Ansicht ist festzustellen, dass die Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. mit der Frage der Teilbarkeit der Rechtsgeschäfte nichts zu tun hat.

2. Beim Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung spricht, parallel der Beweislastverteilung bei der Anfechtung, die Vermutung dafür, dass der Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen sein würde, wenn der Betrug nicht vorgekommen wäre. In der Regel wird also der Getäuschte die Aufhebung des Rechtsgeschäfts mit der Schadensersatzklage (Reszissionsklage) erreichen. Dem Gegner obliegt daher der Nachweis, dass der Vertrag von dem Getäuschten auch ohne den Betrug, wenn auch zu anderen Bedingungen, abgeschlossen worden wäre. Dabei ist der Ansicht entgegenzutreten, dass der Nachweis in der Richtung geführt werden müsste, dass der Getäuschte gerade mit einem bestimmten Dritten oder gar mit dem Betrüger selbst kontrahiert hätte. Ein solches Beweiserfordernis würde die praktische Verwendung der Unterscheidung zwischen d. c. d. und d. i. überhaupt in Frage stellen. Wählt aber der Getäuschte die Differenzklage, d. h. wenn er unter Aufrechterhaltung das Rechtsgeschäft den Betrag verlangt, um den er gerade durch den Betrug geschädigt worden ist, so kann der Beklagte nicht einwenden, er selbst hätte den Vertrag zu den erträglichen Bedingungen nicht abgeschlossen.

D. Anhang: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

1. Entscheidung in Zivilsachen Bd. 63 S. 110 f.

Der trefflichste Fall eines d. i., der nach dem Recht des BGB zu oberstrichterlicher Entscheidung gekommen ist, ist der in Bd. 63 S. 110 f der RGEntsch.:

„Die Beklagten verkauften dem Kläger ihre Grundstücke, die nach dem Grundbuch einen Flächeninhalt von 10 ha 38 a 20 qm oder — nach kulmischen Morgen berechnet — von 18,529 Morgen hatten, durch notariellen Vertrag vom 7. November 1903 und schlossen in dem Vertrag die Gewährleistung aus. Der Preis wurde auf 37000 M. festgesetzt und der Kaufgeldrest von 22000 M. mit 4% verzinslich auf die Grundstücke eingetragen. Der Kläger behauptete jedoch, arglistig getäuscht und mindestens um 2000 M. dadurch geschädigt worden zu sein, dass der verklagte Ehemann bei Abschluss des Vertrags die Grösse der Grundstücke wieder besseres Wissen auf 20 kulmische Morgen angegeben habe. Der Kläger hatte die richtige Grösse noch vor der Auflassung erfahren; bei der Auflassung behielt er sich seine Ansprüche wegen des Grössenunterschiedes vor, während die Beklagten auch hierbei jede Haftung ablehnten.

Die auf Zahlung von 2000 M. nebst 4% Zinsen oder auf Löschung eines gleichhohen Betrages von dem eingetragenen Kaufgeldrest gerichtete Klage wurde in I. Instanz abgewiesen, nachdem ein Sachverständiger den Wert der Grundstücke in ihrer katastermässigen Grösse auf 37074 M., bei Zugrundelegung von 20 kulmischen Morgen auf 39499 M. berechnet hatte.

Die Berufung hatte keinen Erfolg. Auf die Revision des Klägers wurde das Berufungsurteil aufgehoben . . .“.

So viel vom Tatbestand und dem Schicksal der Klage. Besonders interessieren die Gründe, mit denen das Reichsgericht zu der Zulassung dieser auf die Differenz von 2000 M. gehenden Klage gelangt ist.

Im ersten Teil der Gründe führt das Gericht unsere Sprache, nämlich im Sinne der Differenzklage:

„Hat er (der Käufer) infolge des Betrugs sich zur Bewilligung eines höheren Preises verstanden, so kann er die Ermässigung und den Ersatz bis zu dem Betrag verlangen, den er vertragsmässig ohne den Betrug gegeben hätte. Ob der Beklagte zu diesem Preise verkauft haben würde, ist ganz gleichgültig“.

Hier hat das Reichsgericht mit aller Deutlichkeit sich zu der Ansicht — entgegen der des Berufungsgerichts — entschieden, dass das neue Recht durchaus nicht mit der überlieferten Differenzklage brechen wollte und hat damit auch seine eigene Behauptung[1]), es habe jene Unterscheidung in keiner seiner einschlagenden Entscheidungen anerkannt, widerlegt. Schon zu Beginn seiner Ausführungen führt das Reichsgericht treffend aus, dass die §§ 468, 463 Satz 1 nicht in Frage kämen, weil ja die Zusage von 20 kulmischen Morgen nicht in den notariellen Vertrag aufgenommen worden sei. Nur die Tatsache, dass damit dem Reichsgericht der sonst beliebte Weg, über § 463 BGB zu einem halbwegs der Differenzklage entsprechenden Ergebnis zu gelangen, abgeschnitten war, ist wohl der Grund dafür, dass es überhaupt den Gedanken der Differenzklage aufgreift. Kaum begonnen, verlässt aber das Reichsgericht schon wieder diesen Weg: Wenn § 463 nicht direkt anwendbar ist, so hilft seine Analogie, denn, „dass der Gesetzgeber für die arglistige Täuschung durch positive Vorspiegelungen etwas anderes gewollt hätte" (als bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers der Kaufsache), „kann ihm nicht zugemutet werden".

Es ist aber nicht einzusehen, warum in der Bestimmung, dass die Gewährung des Erfüllungsinteresses nur auf die Fälle arglistigen Verschweigens von Gewährleistungsmängeln beschränkt sein soll, nicht ein richtiger rechtspolitischer Gedanke gefunden werden könnte. Abgesehen davon wird das genannte Urteil von zwei Gesichtspunkten beherrscht, die in ihrer Grundverschiedenheit unmöglich neben einander bestehen können, nämlich von der Differenzklage und der Schadensersatzklage wegen Nichterfüllung. Nur der Zufall, dass das Ergebnis nach beiden Gesichtspunkten hier schliesslich dasselbe ist, konnte über die theoretische Zwiespältigkeit hinwegtäuschen.

2. Entscheidung in Zivilsachen Bd. 83 S. 245 f.

Ein weiterer Fall eines d. i., bei dem das Reichsgericht zu einem der Differenzklage entsprechenden Ergebnis kommt, ohne den sonst stets geforderten Nachweis zu verlangen, dass der Vertrag zwischen den Parteien ohne den Betrug auch wirklich zustande gekommen wäre, ist der in RG Bd. 83 S. 245 f mitgeteilte.

---

1) Entscheidung vom 6. Juli 1910, JW 1910, S. 799.

Hier wurden vom Verkäufer auf den Kaufpreis von 155000 M. zwei Hypotheken von je 5000 M. unter Ausschluss der Gewährleistung zum vollen Betrag an Zahlungsstatt angenommen, die sich hernach als völlig wertlos herausstellten. In Höhe von 144000 M. wurde der Kaufpreis durch Uebernahme von Hypotheken seitens des Käufers gedeckt. 1000 M. wurden bar bezahlt.

Der Verkäufer verlangt Schadensersatz in Höhe von 10000 M. § 463 konnte nicht zur Anwendung kommen, da sich nach Ansicht des Reichsgerichts hier um Rechte, nicht um Sachen handle. Auch die Analogie aus § 463 schien zu gewagt. Zur Anbahnung eines anderen Weges führt daher das Reichsgericht aus, dass die 10000 M. hätten gefordert werden können, wenn nachgewiesen wäre, dass der Vertrag zwischen den Parteien in Wirklichkeit auch ohne den Betrug geschlossen wäre.

Natürlich war dieser Beweis so wenig wie in anderen Fällen zu erbringen, aber selbst angenommen, dieser wäre erbracht, so sei, meint das Reichsgericht, noch nicht erwiesen, dass ein Schaden durch den Betrug entstanden sei: „Da es sich hier“ (so wird ausgeführt) „um eine reine Schadensersatzklage handelt und sonach in erster Linie in Frage kommt, ob der Kläger überhaupt einen Schaden, mithin eine Minderung seines Vermögens erlitten hat, so könnte auch in Betracht kommen, ob dem Kläger nicht schon dadurch ein voller Ausgleich zuteil geworden ist, dass er für die Hingabe seiner Grundstücke die Uebernahme der Hypothekenschulden durch den Beklagten sowie die Zahlung von baren 1000 M. erlangt hat. Im vorausgesetzten Fall hätte der Kläger nicht mehr geopfert als er empfangen hat, sein Vermögen hätte also im ganzen keine Einbusse erlitten“.

Dass dieser Schadensbegriff, wie er hier entwickelt ist, schief und und sich höchstens im Strafrecht halten lässt, wo beim Betrug gerade auf eine Vermögensbeschädigung abzustellen ist[1]), dass weiter der verlangte Beweis unmöglich zu erbringen sei, ist schon zur Genüge dargetan worden. Immerhin hätte das Reichsgericht konsequenterweise bei einer solchen Stellungnahme zur Abweisung der Klage kommen müssen. Aber dies schien doch zu unbillig; ein

1) Vgl. Geppert, a. a. O. S. 449. Der RGRKomm. verweist geradezu (Anm. 5 a zu § 123 I S. 180) auf den Beschluss der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts (RGSt 16, 1), als ob dieser strafrechtliche Begriff auch für das Zivilrecht massgebend wäre.

anderer Weg als über die Differenzklage war nicht zu finden. Zur Begründung dieser notgedrungen vorgenommenen Schwenkung wurde folgendes entdeckt: „Allein wesentlich anders gestaltete sich die Rechtslage während des zweiten Rechtszuges. Jetzt behauptet der Kläger ausdrücklich, dass seine Grundstücke mindestens 155 000 M. wert gewesen seien. Ferner stellt er unter Beweis, dass er sie für jenen Betrag hätte verkaufen können, und zwar gegen eine Barzahlung von 11 000 M., falls er sich nicht durch die falschen Vorstellungen des Beklagten zum Verkauf an ihn entschlossen hätte". Jetzt brauche, fährt das Reichsgericht fort, nicht mehr das Zustandekommen des Verkaufs (ohne den Betrug) mit dem Käufer bewiesen zu werden, wie das Berufungsgericht auch jetzt noch meine; letzteres habe „verkannt", dass es sich nach dem neuen Vorbringen des Klägers gar nicht mehr darum handelte, ob der Kläger unter Umständen auch bei dem Verkauf an den Beklagten einen Schaden vermieden haben würde, sondern darum, ob der Kläger seine Grundstücke durch einen anderweitigen Verkauf vollwertig verwertet und dabei insbesondere die ihm jetzt angeblich fehlenden 10 000 M. erhalten haben würde.

Bemerkenswert ist an diesen Ausführungen zweierlei. Fürs erste wird das am Anfang der Gründe aufgestellte Beweiserfordernis, an dem das Berufungsgericht dem Vorbild des Reichsgerichts entsprechend von seinem Standpunkt aus mit gutem Grunde festhalten konnte, dass nämlich der Abschluss des Vertrags unter den Vertragsparteien für den Fall, dass der Betrug nicht vorgekommen wäre, nachzuweisen sei, bewusst aufgegeben. Es wäre jedoch richtiger gewesen, wenn das Reichsgericht den Grund für diese Inkonsequenz mehr in der Notwendigkeit einer Differenzklage als in einer veränderten Rechtslage gefunden hätte. Es ist einleuchtend, dass der Nachweis, der Kaufvertrag wäre auch sonst, d. h. mit einem beliebigen Dritten geschlossen worden, weit eher zu erbringen ist, wofür bei Marktwaren schon die allgemeine Vermutung spricht.

Andererseits ist auch hier die Schadensberechnung zu bemängeln. Nichts als Zufall ist es, dass die Summe, um die der Getäuschte betrogen wurde, sich mit dem Betrage deckt, den der Betrogene auch von einem Dritten ohne Betrug und dazu unter Barzahlung bekommen hätte, wenn er den arglistig herbeigeführten Vertrag nicht eingegangen hätte. Nach dem dieser Berechnung zugrunde liegenden theoretischen Gedanken müsste jedoch konsequenterweise dem Betrogenen ein umso grösserer Schadensersatz zugebilligt

werden, als die Gebote höher sind, die der Betrogene nach Abschluss des Vertrags erhält und nachweisen kann. Das wäre aber ein unmögliches Ergebnis; der Schaden kann sich vielmehr nur nach dem bemessen, was kausal auf den Betrug zurückgeführt werden kann. Es geht nicht an, auf der Erfüllung zu bestehen und daneben noch das negative Vertragsinteresse zu verlangen, d. h. dem Betrogenen zu gewähren, was er hätte, wenn der Vertrag mit dem Betrüger nicht zustande gekommen wäre.

Die Heranziehung des objektiven Wertes des Vertragsgegenstandes ist gleichfalls zu beanstanden. Es kann auch sehr wohl bei an sich wohlfeilen Käufen ein durch Betrug verursachter Schaden bestehen, was in Wirklichkeit auch sehr oft anzutreffen ist. Gerade in solchen Fällen wird es oft bei dolus incidens angebracht sein, mit der Differenzklage vorzugehen, da man den Vertrag mit Rücksicht darauf, dass er im übrigen vorteilhaft ist, nicht aufgeben möchte. Nach dem Reichsgericht wäre in diesen Fällen für die Differenzklage überhaupt kein Raum, da es ja an einem „Schaden" fehlte.

Richtig an den Ausführungen des Reichsgerichts ist nur so viel, dass es nicht darauf ankommt, ob der Vertrag auch ohne den Betrug gerade mit der nämlichen Vertragspartei abgeschlossen worden wäre. Dieser Nachweis ist aber lediglich für die Frage, ob d. c. d. oder d. i. vorliege und damit für die Frage, ob die Differenzklage überhaupt zulässig sei, von Bedeutung. Die Höhe des Schadens kann aber nicht von solchen Aussenverhältnissen abhängig gemacht werden.

3. Entscheidung in Zivilsachen Bd. 103, S. 154.

Ein letztes Beispiel dafür, wie das Reichsgericht — entgegen seiner prinzipiellen Stellungnahme — mit Hilfe des § 463 zu Ergebnissen zu gelangen sucht, wie sie durch die Differenzklage richtigerweise gewonnen würden, bietet die Entscheidung aus neuerer Zeit Bd. 103 S. 154 f.

Der Tatbestand ist folgender:

Durch notariellen Kaufvertrag kaufte die Klägerin von L ein Grundstück um 177500 M. „In Aufrechnung mit dem Kaufpreis" wurden zwei auf dem Grundstück eingetragene Hypotheken und die ihnen zugrunde liegenden Forderungen in Höhe von 144000 M. und 27500 M. von der Klägerin übernommen. Für den Restbetrag von 10000 M. wurde festgesetzt, dass die Klägerin an den Verkäufer den Restbetrag zu Händen von A und Z innerhalb

24 Stunden bar zu bezahlen habe. Im übrigen verpflichtete sich der Verkäufer, alle von der Käuferin nicht übernommenen Belastungen in bestimmter Zeit zur Löschung zu bringen, sowie für vollständige anderweitige Lastenfreiheit in dieser Zeit zu sorgen. Die Klägerin sollte nach demselben Vertrag berechtigt sein, die Erfüllung dieser letzteren Verpflichtungen des Verkäufers auch von A und Z verlangen zu können.

Das Haus war mit Schwamm und Trockenfäule behaftet. Die Klägerin verlangt von A und Z 10000 Mark Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung, weil diese (A und Z) auf die Frage, ob alles in Ordnung sei, arglistig geschwiegen hätten.

Die Beklagten A und Z sind vom ersten Richter zur Zahlung von 7500 Mark verurteilt worden, das Berufungsgericht wies die Klage ab, das Reichsgericht gab ihr statt.

Nichts könnte die Unsicherheit der heutigen Praxis in der Zubilligung des Schadensersatzes treffender dartun, als das Schicksal dieser Klage vom Landgericht bis zum Reichsgericht. In den Gründen ist die Differenzklage nicht zur Anwendung gekommen, weil, wie wir schon gewöhnt sind, zu hören, der Beweis, der Kaufvertrag wäre zwischen den Parteien auch ohne den vorgekommenen Betrug in Wirklichkeit abgeschlossen worden, hier so wenig wie sonst erbracht werden konnte. Auch hier findet sich wieder jener unrichtige Schadensbegriff; als Schaden wird der Betrag bezeichnet, um welchen der Vermögensbestand im ganzen unter Berücksichtigung einerseits der Vorteile, andererseits der Nachteile aus dem Kaufvertrag sich gerade durch den Abschluss dieses Vertrages (also nicht durch den Betrug) vermindert habe. Mit § 463 BGB stimmt es auch nicht, weder direkt noch analog, weil nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts diese Bestimmung nur bei Vortäuschung bzw. arglistigem Verschweigen von Sachmängeln durch den Verkäufer selbst, also durch eine Partei des Kaufvertrags, Anwendung finden kann. Geht aber die Täuschung von einem Dritten aus, so kommt § 463 nicht in Betracht. Fast müsste, wie es konsequenterweise in der Berufungsinstanz geschah, die Klage entgegen dem Rechtsgefühl abgewiesen werden, da taucht ein rettender Gedanke auf: der Dritte ist eben hier, um es paradox zu sagen, kein Dritter, er ist da, wo man ihn nur als Vertragspartei in das System bringen kann, eben nur Vertragspartei. Nun ist der Weg für § 463 geebnet. Die Begründung besagt, die Sache sei „wirt-

schaftlich“ schon die eigene Sache des A und Z gewesen; daraus, dass A und Z Mittäter und Gehilfen gemäss §§ 47, 49 des Strafgesetzbuches seien, ergebe sich das nahe Verhältniss zu der eigentlichen Vertragspartei.

Diese Argumentation ist unhaltbar. Volkswirtschafts- und Strafrechtsdisziplin haben hier nichts zu schaffen. Es handelt sich um rechtliche und nicht um wirtschaftliche, um zivilrechtliche und nicht um strafrechtliche Begriffe. Wäre jeder, der zu dem Betrug Beihilfe leistet und daraus eigenen Nutzen zieht, als Vertragspartei anzusehen, so bliebe für den zweiten Absatz des § 123 nichts mehr übrig.

All diese begrifflichen Gewalttätigkeiten wären vermieden worden, wenn das Reichsgericht jenes Beweiserfordernis aufgegeben hätte, von dem es selbst erfahren musste, dass es eine Unmöglichkeit in theoretischer und vollends in praktischer Hinsicht bedeute. Ist der vom Reichsgericht verlangte Beweis, so ist zu fragen, in seiner langen Praxis je einmal erbracht worden? Und, — da diese Frage verneint werden muss — was hat es für einen Sinn, jenes Beweiserfordernis immer wieder aufzustellen, um es immer wieder unerfüllbar zu finden?

Der gerade Weg geht über die Differenzklage, die auf der Erkenntnis des Unterschieds zwischen d. c. d. und d. i. beruht. Der Grund für alle Umschweife ist nicht ersichtlich, wenn man im Hinblick auf die Theorie und Praxis des gemeinen Rechts bedenkt: „Es war alles schon einmal da“.

Lebenslauf.

Am 15. Februar 1904 bin ich in Tübingen geboren. Meine Eltern sind Gottlieb Wezel, Lokomotivführer a. D. und Rosine Wezel geb. Krauss, beide ev. Konfession.

Seit 1913 besuchte ich das Gymnasium in Tübingen. Das Reifezeugnis erhielt ich im Frühjahr 1922. Vom SS. 1922 an studierte ich in Tübingen die Rechtswissenschaft. Im SS. 1924 studierte ich ein Semester in Berlin.

Die erste höhere Justizdienstprüfung bestand ich im Frühjahr 1926. Seitdem befinde ich mich im Vorbereitungsdienst und bin gegenwärtig bei der II. Zivilkammer des Landgerichts Tübingen beschäftigt.